G. Bernal
Breslau 1913

Der römische „concursus actionum“ in seiner Bedeutung für das heutige Privat- und Prozeßrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Gotthard Berndt
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern
gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545317_0088

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Das römische Recht — im Gegensatz zum heutigen — ein System von Rechtsschutzmitteln 1

B. Ausführung.

Der römische concursus actionum in seiner Bedeutung für das heutige Privat- und Prozeßrecht.

Erster Hauptteil.

Der concursus actionum des römischen Rechts.

Erster Abschnitt: Begriffsbestimmungen.

Erstes Kapitel: Actio.

§ 2. a) Im allgemeinen 2

§ 3. b) Im technischen Sinne 3

Zweites Kapitel: Concursus actionum.

§ 4. a) Ausdruck 7

b) Inhalt.

§ 5. aa) Identität der Subjekte 9

§ 6. bb) Identität des wirtschaftlichen Zweckes . . . 14

§ 7. c) Abgrenzung 21

Zweiter Abschnitt: Die Regelung des concursus actionum.

Erstes Kapitel: Materiellrechtliche Regelung.

a) Das Prinzip.

§ 8. aa) Absorption 23

§ 9. bb) Nachforderung 26

b) Die Regelung im einzelnen:

§ 10. aa) Konkurrenz von Aktionen aus einer Obligation 28

§ 11. bb) Konkurrenz von Aktionen aus verschiedenen Obligationen 36

Zweites Kapitel: Prozessuale Regelung.

a) Einfluß von Litiskontestation und Befriedigung

§ 12. aa) Das Prinzip 38

bb) Die Regelung im einzelnen.

Seite

§ 13. 1. Konsumtionskonkurrenz 41
§ 14. 2. Solutionskonkurrenz 45
§ 15. b) Einfluß des Urteils 47

Zweiter Hauptteil.

Die Anspruchskonkurrenz des heutigen Privat- und Prozeßrechts im Vergleich zu dem römischen concursus actionum.

Erster Abschnitt: Begriff und Wesen der heutigen Anspruchskonkurrenz.

Erstes Kapitel: Der Anspruchsbegriff.

§ 16. a) Seine geschichtliche Herleitung 49
§ 17. b) Sein Inhalt 50

Zweites Kapitel: Konkurrenz von Ansprüchen.

§ 18. a) Festlegung des Begriffs mit Rücksicht auf den römischen concursus actionum 54
§ 19. b) Abgrenzung für das heutige Recht 57

Zweiter Abschnitt: Die Regelung der Anspruchskonkurrenz.

Erstes Kapitel: Materiellrechtliche Regelung.

§ 20. a) Das Prinzip 59
b) Die Fälle der Anspruchskonkurrenz.
§ 21. aa) Im allgemeinen 60
bb) Konkurrenz von Vertragsansprüchen mit Deliktsansprüchen.
§ 22. I. Einfache Vertragsverletzung 63
II. Qualifizierte Vertragsverletzung.
§ 23. 1. Die verschiedenen Ansichten 65
§ 24. 2. Ausgleichung der Gegensätze 70
§ 25. 3. Übereinstimmung der heutigen Regelung mit der des römischen Rechts 72

Zweites Kapitel: Prozessuale Regelung.

§ 26. a) Kumulative Geltendmachung 76
b) Sukzessive Geltendmachung.
§ 27. aa) In demselben Prozeß 79
bb) In verschiedenen Prozessen.
§ 28. 1. Nach rechtskräftiger Klageabweisung . . . 85
§ 29. 2. Nach rechtskräftiger Verurteilung 87

Literaturverzeichnis.

Arndts, Ritter von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. 1889.

Aßmann, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Bekker, Über das Verhältnis von actio zu obligatio. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 366 ff.

Bekker, Über den Einlassungszwang und wider die Methode aprioristischer Fragestellung in der Rechtswissenschaft. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 20 S. 321 ff.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 1886—1889.

v. Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. 1864.

Böcking, Einleitung in die Pandekten des gemeinen Zivilrechts. 1853.

Brackenhoeft, Die Identität und materielle Konnexität der Rechtsverhältnisse. 1839.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1860.

Bülow, Klage und Urteil. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 31 S. 191 ff.

Bülow, Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen. 1868.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Crome, Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande. In der Deutschen Juristenzeitung 9. Jahrg. 1904 S. 14 ff.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Cuiacius, Observationum et emendationum liber XVII cap. 12. 1758.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1906.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. 1902.

Dernburg-Sokolowski, System des römischen Rechts. 1911.

Donnellus, Commentariorum de iure civili lib. XXI cap. 3 § 10 und § 15. 1801.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1904.

Eisele, Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 79 S. 327 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4./5. Aufl. 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 11, 49, 50, 57, 59, 67.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 15.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 9. Aufl. 1912.

Fischer, Das Problem der Identität und der Neuheit. In der Festgabe der Juristenfakultät zu Breslau für Jhering 1892.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. Heft 6 der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Fischer, O. Chr., Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung. In Fischers Abhandlungen zum deutschen Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 12 Heft 3.

Fitting, Zur Auslegung der Reichszivilprozeßordnung. Im Archiv. für zivilistische Praxis Bd. 61 S. 403 ff.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. 1908.

Gierke, Deutsches Privatrecht. In Bindings Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 1895.

Göschen-Erxleben, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. 2. Aufl 1843.

Heffter, System des römischen und deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1843.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches Bd. 5 Heft 1.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1903.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Teil 1. 1912.

Helssig, Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen nach römischem Rechte. 1887.

Hölder, Anspruch und Klagerecht. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29 S. 50 ff.

Hölder, Über Ansprüche und Einreden. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93 S. 1 ff.

Huschke, Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen, Nr. 10 der „Kleinen kritischen Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien". In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß N. F. Bd. 2 S. 137 ff.

v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 5. Aufl. 1891.

Juristische Wochenschrift 33. Jahrg. 1904 S. 166.

Kann, Klagenmehrheit bei einem Delikt. Diss. Berlin 1901.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. Teil 1. 1901.

v. Keller, Pandekten. Bd. 1. 1866.

Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts. 1839.

Kleinschrod, Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen. 1849.

Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes. 6. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts.

v. Koschembahr-Lyskowski, Die Theorie der Exzeptionen nach klassischem römischen Recht. 1893.

Krüger, Prozessualische Konsumption und Rechtskraft des Erkenntnisses. 1864.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Last, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis. Heft 26 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts.

Lenel, Palingenesia iuris civilis. 1888.

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen. Nr. 10.

Leonhard, Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 15 S. 327 ff.

Leonhard, Institutionen des römischen Rechts. 1894.

Leonhard, De natura actionis quae praeiudicialis vocatur. Diss. 1874.

Lewinsohn, Beiträge zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz im reinen römischen Rechte unter Zugrundelegung der l. 34 D. 44, 7. Diss. Heidelberg 1910.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen. Nr. 8.

Martens, Über Konkurrenz und Kollision der römischen Zivilklagen. 1856.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 5. Aufl. 1910.

Merkel, Über den Konkurs der Aktionen nach römischem Privatrecht. 1877.

Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. In Bindings Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 1908.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 1, 2, 3.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. 4. Aufl. 1844.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Pernice, Labeo — Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Bd. 2. Abt. 2, 1. 1900.

Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte. 1867.

Peters, Die Klagenkonkurrenz im römischen, gemeinen und neuen bürgerlichen Rechte. 1902.

Planck, Bürgerliches Recht nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1903.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 2.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts Bd. 17 u. 20.

Regelsberger, Pandekten. In Bindings Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft 1893.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. 1841.

Schott, Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft. 1904.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. Aufl. 1902.

v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. Aufl. 1910.

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1910.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 4. Aufl. 1876.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. 1876.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. In Bindings Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft 1885.

Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts. 1842.

Windscheid, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. 1857.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Wlassak, Actio. In Pauly-Wissowas Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft 1893 S. 303 ff.

Wrzeszinski, Die Konkurrenz der Ansprüche nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Freiburg 1902.

A. Einleitung.

Das römische Recht — im Gegensatz zum heutigen — ein System von Rechtsschutzmitteln.

§ 1.

„Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann", so sagt ALR. Einleitung § 89. In die modernen Gesetzbücher ist eine solche Bestimmung nicht aufgenommen worden, weil sie uns selbstverständlich erscheint. Ganz anders aber war es in Rom. Die abstrakte Gesetzesregel war ein nudum ius und für den Römer im konkreten Falle ohne Bedeutung, wenn sie nicht in das Gewand eines prozessualischen Rechtsschutz- oder Rechtsverfolgungsmittels, einer actio, gekleidet werden konnte. Treffend kennzeichnet Gierke[1]) das Verhältnis der Aktionen zu dem abstrakten Rechte mit den Worten: „So schiebt sich vor das System der Rechte das Aktionensystem als ein reich gegliederter neuer Bau von Befugnissen, in denen die Rechte erst wahrhaft lebendig werden und ihre Eigenart entfalten".

Diese Eigentümlichkeit des römischen Rechts hängt mit der Stellung der rechtspflegenden Magistrate, besonders der Prätoren, zusammen. Zwar galt der Satz: praetor ius facere non potest. Aber erst der Prätor gab dem toten Gesetzesbuchstaben Leben; er war die viva vox legis. Wie ungehindert er nach freiem Ermessen das Recht verwal-

---

[1]) Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 1 § 37 II.

tete, das zeigt sich vor allem darin, daß er sogar „corrigendi iuris civilis gratia“ tätig wurde, so z. B. wenn er die „bonorum possessio contra tabulas“ gewährte.

Wie es einerseits vorkam, daß der rechtspflegende Magistrat eine actio versagte, trotzdem ein nudum ius vorhanden war, so war andererseits der Fall nicht selten, daß er dem sich an ihn wendenden Kläger mehrere Aktionen zur Durchführung seines Rechtes in Aussicht stellte. Das führt uns zu dem sogen. concursus actionum, dessen Begriff und Regelung in Rom und dessen Bedeutung für unser heutiges Privat- und Prozeßrecht im folgenden näher untersucht werden sollen.

B. Ausführung.

Der römische concursus actionum in seiner Bedeutung für das heutige Privat- und Prozeßrecht.

Erster Hauptteil.

Der concursus actionum des römischen Rechts.

Erster Abschnitt.

Begriffsbestimmungen.

Erstes Kapitel.

Actio.

a) Im allgemeinen.

§ 2.

Über den Begriff der „actio“ des römischen Rechts herrscht in der Literatur keineswegs Einigkeit. Das hängt damit zusammen, daß in den römischen Rechtsquellen das Wort „actio“ im verschiedensten Sinne gebraucht wird. Die allgemeinste Bedeutung der actio als „Handlung“ oder

„Tat“ findet sich z. B. in D. 24, 1, 3, 12 (Ulpian). Enger ist schon die Gleichsetzung von actio und actus, also Rechtsgeschäft, so in D. 17, 2, 65 pr. (Paulus) und D. 50, 16, 19 (Labeo bei Ulpian) (Mitteis[1]). Häufig bedeutet actio die Handlung vor einem Magistrate, vor allem gerichtliche Verhandlung (so bei Pomponius D. 1, 2, 2, 6, bei Gaius, Inst. II, 24, bei Modestinus D. 1, 7, 7, 4), „Prozeß“ (Gai Inst. IV, 87). (v. Jhering[2]). Dieser Begriff wird weiter eingeengt: Man versteht unter actio vornehmlich die Handlung des Klägers, das Klagen (so D. 50, 17, 43, 1) (Ulpian) oder gar die Klageformel, die der Magistrat zur Rechtsverfolgung gibt (so Paulus D. 21, 1, 44, 1), und zwar vor allem die Formel für persönliche Ansprüche: Beispiele dafür bieten D. 44, 7, 28 (Papinian) und D. 50, 16, 178, 2 (Ulpian). Aus dieser letzten engsten Bedeutung leitet sich der technische Begriff der acto her, um den sich der Streit dreht.

b) Im technischen Sinne.

§ 3.

Früher nannte man die actio im technischen Sinne allgemein „Klage“ oder „Klagrecht“. (So z. B. Savigny,[1]) Brinz,[2]) Arndts,[3]) Wächter[4]), Böcking,[5]) Kierulff,[6]) Bülow[7]).) An diesem Begriffe halten heut nur noch wenige fest, vor allem Dernburg-Sokolowski[8]) (in Übereinstimmung mit der 7. Aufl. von Dernburgs Pandekten,[9])

[1]) Mitteis, Römisches Privatrecht Bd. 1 § 9 II (S. 144).

[2]) v. Jhering, Geist des röm. R. Teil 3 Abt. 1 § 51 vor Anm. 15.

[1]) Savigny, System Bd. 5 S. 5 u. 8ff.

[2]) Brinz, Pand. § 40.

[3]) Arndts, Pand. § 96.

[4]) Wächter, Württ. PrivR. Bd. 2 § 62.

[5]) Böcking, Pand. § 13f.

[6]) Kierulff, Gem. Zivilrecht Bd. 1 § 10.

[7]) Bülow, Prozeßeinreden S. 209, 259.

[8]) Dernburg-Sokolowski Teil 1 § 114.

[9]) Dernburg, Pand. 7. Aufl. Bd. 1 § 127.

während in Dernburgs Bürgerlichem Recht[10]) „actio" = Anspruch gesetzt ist), unterscheiden aber Klagrecht im prozessualen und im privatrechtlichen Sinne, welchen letzteren Celsus bei seiner Definition (D. 44, 7, 51) allein im Auge habe. Man übersetzte actio mit „Klagerecht", weil man irrigerweise annahm, der actio liege in allen Fällen das Element der Rechtsverletzung zugrunde. So vor allem Bethmann-Hollweg.[11]) Dieser Auffassung trat, zwar nicht als erster, aber besonders energisch, Windscheid in seiner „Actio des römischen Zivilrechts"[12]) entgegen. Er ersetzte den Begriff „Klagrecht" durch „Anspruch" und verstand darunter „die Befugnis, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen".

Windscheids Auffassung bedeutete in der Tat einen wesentlichen Fortschritt. Diesem Umstande, vor allem aber dem bedeutenden Einflusse Windscheids ist es zuzuschreiben, daß man seinen Vorschlag fast allgemein annahm. (Als Beispiele seien nur angeführt Regelsberger[13]) und Karlowa.[14]) Unger[15]) gebraucht die Ausdrücke „Klage" und „Anspruch" nebeneinander.)

Dabei identifizierte man häufig die Begriffe „actio" und „obligatio", die ja auch in den römischen Quellen häufig gleichgestellt sind (z. B. Gai Inst. IV, 78; D. 16, 1, 8, 11; 19, 1, 10; 4, 5, 7, 1). (Vgl. auch Leonhard[16]).) Diese Auffassung verträgt sich aber m. E. nicht mit dem Wesen der actio. Auch Bekker[17]) hält gleiche Bedeutung nicht

---

[10]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 1 § 42 Anm. 4.

[11]) v. Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß des gem. R. Bd. 1 § 15 bes. S. 30, Bd. 4, bes. §§ 12ff.

[12]) Windscheid, Actio S. 3.

[13]) Regelsberger, Pand. Bd. 1 § 52.

[14]) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2, 1 § 101 S. 964.

[15]) Unger, Österr. PrivR. Bd. 2 § 117.

[16]) Leonhard, De natura actionis S. 24 Anm. 43a.

[17]) Bekker, Verhältnis von actio S. 387ff.

für wahrscheinlich. Allerdings wird häufig der obligatio eine — und nur eine — actio entsprechen. Aber andererseits beweisen eine Reihe von Quellenstellen, daß aus einer obligatio verschiedene actiones hervorgehen können (z. B. D. 27, 3, 1, 21; 44, 7, 53 pr.). (Vgl. auch Leonhard[18]).) Der Unterschied ergibt sich auch einerseits aus der Celsinischen Definition der actio (D. 44, 7, 51) und andererseits aus den Definitionen der obligatio (Inst. III, 13 pr. und D. 44, 7, 3 pr.), die eher den Schluß zulassen, obligatio bedeute im Gegensatz zu actio das „Gesamtrechtsverhältnis" (Windscheid[19]). Richtiger ist m. E. die (auch von Wlassak[20]) vertretene) Meinung, actio sei „das Recht in der obligatio", also das ius obligationis, von dem Gaius (Gai Inst. II, 14) spricht. Wlassak meint offenbar die positive Seite der obligatio, also das Recht des Gläubigers, das man auch schlechthin als Anspruch bezeichnet. Wlassaks Behauptung (a. a. O. S. 307), die meisten Quellenstellen böten für eine Unterscheidung von actio und Anspruch keinen Anhalt, mag stimmen. Der Beweis für die Gleichstellung von actio und Anspruch ist damit jedenfalls noch nicht erbracht.

Schon Bekker[21]) hat m. E. mit Recht darauf hingewiesen, daß man unter unserem „Anspruch" eher die „res qua de agitur" zu verstehen habe. Daß auch die klassischen römischen Juristen davon die actio unterscheiden, zeigt die Definition des Celsus (D. 44, 7, 51). Actio ist einerseits enger, andererseits weiter als unser Begriff „Anspruch". Meist wird, wie in D. 12, 2, 30 pr. der Anspruchsbegriff sich hinter der actio verbergen. Eine actio

---

[18]) Leonhard, Inst. § 53 II.

[19]) Windscheid-Kipp, Pandektenrecht Bd. 2 § 251 Anm. 3 Ziff. 4.

[20]) Wlassak, Actio S. 306.

[21]) Bekker, Verhältnis von actio S. 388.

kann sogar mehrere Ansprüche aufnehmen (Mitteis[22]), und es gibt Aktionen, die gar keinen Anspruch zum Ausdruck bringen, so die actiones — oder formulae — praeiudiciales (Gai Inst. IV, 44). (Vgl. auch Regelsberger[23].)

Andererseits sind die Aktionen notwendigerweise klagbar, während es im heutigen Recht auch klaglose Ansprüche gibt (Regelsberger S. 214).

Dem privatrechtlichen Anspruchsbegriff gegenüber betonten Wach und Bekker — aber auch wieder in zu einseitiger Weise — das publizistische Element der Aktionen. Der erstere[24] nannte es „Rechtsschutzanspruch", der letztere[25] „Recht auf Gericht".

Gerechter wird m. E. dem Begriffe der actio Schott[26], wenn er mit Wlassak sie „entweder" als den „zivilrechtlichen Anspruch" „oder" als das „Prozeßmittel, die formula" ansieht.

Am richtigsten wäre es m. E. zu sagen: Die actio ist bald mehr der zivilrechtliche Anspruch, bald mehr das Prozeßmittel, vereinigt aber in der Regel beide Elemente in sich. So auch Hellwig[27], der von einer „Vermischung privatrechtlicher und prozessualer Begriffe" spricht. Freilich wird in dem einen Falle das Element des materiellen Rechts in der actio die größere Rolle spielen, in dem anderen das der Prozeßformel. Aber das Ganze ist dabei doch ein „notwendiges Mittelglied zwischen Privatrecht und Rechtsschutz" (Fischer[28].) Auch Hölder[29] findet in der actio einen „Zusammenhang des Privatrechts mit der Möglichkeit seiner gerichtlichen

---

[22]) Mitteis, Röm. PrivR. Bd. 1 § 5 a. E. S. 92.
[23]) Regelsberger, Pand. Bd. 1 § 52.
[24]) Wach, Zivilprozeßrecht Bd. 1 § 2 IV S. 19ff.
[25]) Bekker, Einlassungszwang S. 341.
[26]) Schott, Röm. Zivilprozeß S. 77.
[27]) Hellwig, System Teil 1 § 10 III, 1.
[28]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 65.
[29]) Hölder, Ansprüche S. 1.

Geltendmachung". Dasselbe meint offenbar Leonhard[30]), wenn er die actio als „das Recht auf eine durch eine bestimmte formula gerichtlich verfolgbare Leistung" bezeichnet. — Diese Fassung bietet den Vorzug, erkennen zu lassen, daß eine weitere Zerlegung der actio — im Gegensatze zu vielen Fällen der obligatio — nicht möglich ist.

M. E. kann man die actio bezeichnen als den auf das objektive Recht sich gründenden Anspruch in seiner prozessualischen Anwendung. (Ähnlich v. Koschembahr-Lyskowski[31]).) Diese Fassung des Begriffes der actio soll den weiteren Ausführungen zugrunde gelegt werden. Zwar läßt sie nicht genügend erkennen, daß die actio auch schon dann vorhanden sein kann, wenn z. B. von einer Beeinträchtigung des dinglichen Rechts keine Rede ist, ein Fehler, den Fischers Definition „Aussicht auf iudicium"[32]) vermeidet. Der Mangel fällt aber hier nicht ins Gewicht; denn bei dem concursus actionum handelt es sich stets um die Geltendmachung der Aktionen.

Zweites Kapitel.

Concursus actionum.

a) Ausdruck.

§ 4.

„Concursus actionum" übersetzte man in der Zeit des gemeinen Rechts mit „Concurs der Klagen" (so Göschen-Erxleben[1]) oder „Klagenkonkurrenz" (so z. B. Brackenhoeft[2]), Heffter[3]), Mühlenbruch[4]), Kleinschrod[5]),

---

[30]) Leonhard, Der Anspruchsbegriff S. 335, Inst. § 153 II.

[31]) v. Koschembahr-Lyskowski, Theorie der Exzeptionen Bd. 1 S. 5.

[32]) Fischer a. a. O. S. 65.

[1]) Göschen-Erxleben, Vorlesungen Bd. 1 S. 449.

[2]) Brackenhoeft, Identität § 12 S. 281.

in neuerer Zeit noch z. B. Helssig[6]), Peters[7]), Dernburg-Sokolowski[8]).)

Bei Savigny[9]) findet sich mitunter auch „Konflikt" oder „Kollision". Diese Terminologie nahmen vor allem Böcking[10]) und Martens[11]) auf. Aber trotzdem auch Windscheid[12]) den Ausdruck „Kollision" empfahl, hat er sich in der Literatur nicht gehalten, und mit Recht; denn es liegt wenig Grund vor, das, was in den Quellen „actiones concurrentes" genannt ist, mit „Kollision" zu bezeichnen. Diese Ausdrucksweise würde nur zu Mißverständnissen führen; denn unter „Kollision" versteht man im allgemeinen im Gegensatz zur Konkurrenz den Fall, daß die Befugnisse verschiedener Berechtigter sich nicht in Einklang bringen lassen. (Vgl. z. B. Kierulff[13]) und Crome[14])). — Gegen die Vermengung der Konkurrenzen mit den Kollisionen wendet sich auch Bekker[15]).

In neuerer Zeit suchte man nach einem Ausdrucke, der zugleich das moderne Recht charakterisieren sollte, und wählte „Anspruchskonkurrenz". So z. B. Windscheid[16]), Endemann[17]), Wrzeszinski[18]), Last[19]). Der Aus-

---

[3]) Heffter, Zivilprozeßrecht S. 142.
[4]) Mühlenbruch, Pandektenrecht Teil 1 § 140.
[5]) Kleinschrod, Konkurrenz der Klagen.
[6]) Helssig, Konkurrenz der Klagen.
[7]) Peters, Klagenkonkurrenz.
[8]) Dernburg-Sokolowski § 123.
[9]) Savigny, System Bd. 5 §§ 231—236, z. B. S. 248.
[10]) Böcking, Pand. Bd. 1 § 131 Anm. 59.
[11]) Martens, Konkurrenz und Kollision S. 1, 2, 63—65.
[12]) Windscheid, Actio S. 33.
[13]) Kierulff, Gem. Zivilrecht Bd. 1 S. 230.
[14]) Crome, Bürgerl. R. Bd. 1 § 121 Ziff. 2.
[15]) Bekker, Pandektenrecht Bd. 1 § 24 Beil. III.
[16]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 121 Anm. 9.
[17]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 § 84 Anm. 17.
[18]) Wrzeszinski, Konkurrenz der Ansprüche.
[19]) Last, Anspruchkonkurrenz S. 8ff.

druck paßt wohl für das heutige Recht, aber nicht für das römische; denn auch der Begriff „Anspruch“ gibt, wie schon oben erörtert wurde, das Wesen der actio nicht treffend wieder. Unserem Rechte fehlt überhaupt ein der römischen actio entsprechender Begriff. Deshalb wird man gut tun, von einer Übersetzung abzusehen und von „Aktionenkonkurrenz“ zu sprechen. (Denselben Ausdruck gebrauchen Hellwig[20]) und Lewinsohn[21]), ähnlich schon Eisele[22]); auch Endemann[23]) spricht von „Konkurrenz der Aktionen“.) Es ist auch nicht einzusehen, weshalb einerseits das Fremdwort „Konkurrenz“ mangels eines entsprechenden deutschen Ausdrucks ruhig beibehalten und andererseits der Begriff der „actio“ in ein Gewand gekleidet werden soll, das ihm teils zu eng, teils zu weit ist. Von dieser Erwägung scheint schon Merkel[24]) ausgegangen zu sein, der durchweg von „Aktionenkonkurs“ spricht. Allerdings bemerkt er zunächst (S. 1), das Wort actio habe in der Zusammensetzung „concurrunt actiones“ nur seine privatrechtliche Bedeutung. Aber später (S. 5) weist er darauf hin, daß auch die prozessuale Seite eine Rolle spiele.

Wann liegt nun überhaupt Konkurrenz von Aktionen vor?

b) Inhalt.

aa) Identität der Subjekte.

§ 5.

Der Ausdruck „actiones concurrunt“ legt m. E. den Gedanken an einen Wettlauf nahe. Verschiedene Aktionen streben von demselben Start nach demselben Ziele. Darin

---

[20]) Hellwig, System Teil 1 § 118 Anm. 13.
[21]) Lewinsohn, Aktionenkonkurrenz.
[22]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 332.
[23]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 § 84 Anm. 17.
[24]) Merkel, Konkurs der Aktionen.

findet sich das eine der in dem „concurrere“ enthaltenen Elemente, das „Nebeneinander“. Das andere Element, das „Gegeneinander“, äußert sich darin, daß die actio, welche zuerst das Ziel erreicht, Siegerin ist und die übrigen Aktionen in gewisser Weise zurückstehen müssen. Sucht man noch ein drittes Element, das des friedlichen „Zueinander“, so kann man es darin finden, daß die Aktionen, mag auch jede ihren eigenen Weg gegangen sein, am Ziele schließlich zusammentreffen. Es fragt sich nur, ob die römischen Quellen eine solche Auslegung zulassen.

Die römischen Juristen gebrauchen den Ausdruck „actiones concurrentes“ nur selten. Von dem „Liber singularis de concurrentibus actionibus“, den Paulus geschrieben hat, sind leider nur zwei Fragmente erhalten (D. 44, 7, 34 und D. 47, 2, 89). Außerdem sprechen fünf Ulpian-Stellen von konkurrierenden Aktionen (D. 9, 2, 5, 1; 19, 1, 10; 44, 7, 60; 50, 17, 43, 1; 50, 17, 130), und schließlich findet sich der Ausdruck noch einmal in den Institutionen (Inst. IV, 9, 1).

Legt man diese Quellenstellen einer Begriffsdefinition der Aktionenkonkurrenz zugrunde — nur von ihnen kann und muß man ja zunächst annehmen, daß sie von Aktionenkonkurrenz im technischen Sinne sprechen —, so gewinnt man allerdings noch kein klares Bild; aber andererseits ist der Begriff doch enger abgegrenzt, als Peters[1]) meint, der aus den Quellen „nur das gleichzeitige Bestehen mehrerer Klagen und ihre irgendwie beschaffene Beziehung zueinander“ folgert. Diese Auffassung teilt Peters mit der älteren gemeinrechtlichen Lehre, die den concursus actionum als „das Zusammentreffen mehrerer rechtlich begründeter Klagen in einem Vereinigungspunkte“ (Brackenhoeft,[2]) ähnlich Kleinschrod[3])) definierte und auf dieser

[1]) Peters, Klagenkonkurrenz S. 2.
[2]) Brackenhöft, Identität § 12 S. 282.
[3]) Kleinschrod, Konkurrenz S. 7.

allgemein gehaltenen Definition eine subtile Einteilung der Aktionenkonkurrenz aufbaute. Dabei zog man allerlei Fälle mit in den Kreis der Betrachtung, bei denen die Römer an eine Konkurrenz überhaupt nicht gedacht hatten, und unterschied schließlich nicht nur subjektive und objektive, sondern auch kumulative, elektive, alternative, sukzessive und subsidiäre Konkurrenz. (Vgl. Kleinschrod S. 5.)

Aus den Stellen, die überhaupt Personen anführen, muß man folgern, daß Aktionenkonkurrenz nur dann in Frage kommen kann, wenn Personenidentität vorhanden, d. h. wenn in dem einzelnen Falle die verschiedenen Aktionen denselben Ausgangspunkt (Berechtigten) und denselben Endpunkt (Verpflichteten) haben. — Übereinstimmend mit der hier vertretenen Auffassung hebt Hellwig[4]) ausdrücklich hervor, daß die römischen Quellen nur bei Personenidentität Konkurrenz von Aktionen annehmen.

1. Inst. IV, 9, 1: Dem ädilizischen Edikt zuwider ist ein gefährliches Tier an einem öffentlichen Wege gehalten worden. Die aediliciae actiones und die actio de pauperie stehen dem verletzten homo liber gegen den dominus, den Tierhalter, zu.

2. D. 9, 2, 5, 1: „Nos“ haben die actiones legis Aquiliae et iniuriarum gegen den, der iniuriam (damnum und contumeliam) zugefügt hat.

3. D. 19, 1, 10: Der Käufer einer Sache beerbt einen anderen, der dieselbe Sache von demselben Verkäufer gekauft hatte. (Die Sache war noch nicht übergeben worden.) Dieser Fall wird allgemein als nicht in die Lehre der Aktionenkonkurrenz gehörend behandelt, da „concurrere“ hier nur die Vereinigung zweier Aktionen in einer Person, der des Gläubigers bedeute. (So z. B. Merkel[5]).) Dieselbe

---

[4]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 § 37 IV, 1 Anm. 23.

[5]) Merkel, Konkurs der Aktionen S. 3.

Auffassung vertritt auch die neueste Bearbeitung unserer Lehre [6]). Aber ist es denn nicht ebenso richtig, daß die beiden Aktionen in der Person des Schuldners, des venditor, zusammentreffen? Darauf scheint mir der erste Satz: „. . . ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant“ hinzuweisen. Denn „obligatio“ bedeutet doch in der Regel nicht das Recht des Gläubigers, sondern die Pflicht des Schuldners oder doch höchstens das Gesamtschuldrechtsverhältnis. Aber selbst wenn man der Meinung ist, Ulpian habe mit der eiusdem persona nur den Gläubiger, also den heres, gemeint, so kann man doch unmöglich der — z. B. auch von Lewinsohn [7]) vertretenen — Ansicht beipflichten, es sei „hier nur an die Tatsache des Zusammentreffens . . . in der Person eines Gläubigers gedacht“. Abgesehen davon, daß Ulpian, wenn er die bloße Tatsache des Zusammeneilens im Sinne gehabt hätte, wahrscheinlich nicht „in persona“, sondern „in personam“ gesagt hätte, scheint mir gerade die Ausdrucksweise „constat duas esse actiones . . . concurrentes“ die Eigenschaft des „Konkurrierens“ zu betonen, so daß Ulpian also auch hier einen Fall der Aktionenkonkurrenz im Auge gehabt hätte.

Identität der Personen — auf der einen Seite „heres“, auf der anderen „venditor“ — ist für die actiones propria und hereditaria vorhanden.

4. D. 44, 7, 34 pr.: Es hat jemand einen fremden Sklaven in einer den Tatbestand der „iniuria“ verwirklichenden Weise gezüchtigt. Der Herr des Sklaven hat die actio legis Aquiliae und die actio iniuriarum gegen den, „qui servum alienum iniuriose verberat“.

5. Eod. fr. § 1: Der Entleiher hat meine Sache entwendet. Auf der einen Seite: ego, auf der anderen: is,

---

[6]) Lewinsohn, Aktionenkonkurrenz S. 9 f.
[7]) Lewinsohn, Aktionenkonkurrenz S. 10.

cui rem commodavero. (Commodati actio und condictio furtiva.)

6. Eod. fr. § 2 (1. Beispiel): Der Pächter eines Landgutes hat heimlich daraus etwas fortgeschafft: Es ist die condictio furtiva, die actio furti und die actio ex locato gegeben, und zwar dem locator gegen den colonus.

7. Eod. (2. Beispiel): Jemand, dem ich Kleider geliehen habe, hat diese zerrissen. Ich habe gegen ihn die actio legis Aquiliae und die actio commodati.

8. D. 47, 2, 89: Auch aus dieser Stelle muß man schließen, daß für die beiden Aktionen, die actio furti und die actio vi bonorum raptorum, die Personen identisch sind, einerseits „quis", andererseits der fur.

Aus den übrigen von actiones concurrentes handelnden Quellenstellen kann man bezüglich der beteiligten Personen überhaupt nichts folgern. Jedenfalls kann man aus ihnen mindestens kein Argument gegen das Erfordernis der Personenidentität entnehmen.

Wenn Savigny[8]) die Identität der Personen für bedeutungslos und den „gemeinschaftlichen juristischen Gegenstand oder Zweck" für die allein maßgebende Voraussetzung der Aktionenkonkurrenz erklärt, so stützt er sich nicht auf die Quellen, sondern auf allgemeine Erwägungen. Deshalb brauchen wir Savigny und die Lehre, die sich auf ihn gründet, nicht weiter zu berücksichtigen, um so mehr, als Savigny nicht das reine römische Recht, sondern das „System des heutigen römischen Rechts", d. h. des gemeinen Rechts zu Anfang des 19. Jahrhunderts darstellt und selbst zugibt, daß „dieser Grundsatz" ... „so einfach und so gewiß", ... „bei den Römern nicht" war. Zudem fehlt es auch in der Literatur nicht an Stimmen, die das Merkmal der Personenidentität nicht nur für „eine methodische und systematische Frage" halten, wie Eisele[9]), sondern für

[8]) v. Savigny, System Bd. 5 S. 208 f.

[9]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 330.

ein wesentliches Erfordernis der Aktionenkonkurrenz. (So schon Kierulff[10]) und Brinz[11]) und in neuerer Zeit wieder Hellwig[12]), Peters[13]) und Wrzeszinski[14]) — Merkel[15]) und Lewinsohn[16]) schwanken —).

Aus den Worten Kierulffs (a. a. O.): „Konkurrenz der Klagrechte" sei „das Verhältnis mehrerer demselben Kläger wider den nämlichen Beklagten zustehender Klagrechte", und Brinz: „Erst wenn zwischen denselben Personen ... mehrere Klagen zusammentreffen, konkurrieren die Klagen" darf man sogar entnehmen, daß sie der Ansicht sind, in der Personenidentität erschöpfe sich das Wesen der Aktionenkonkurrenz. Dem kann man nun m. E. allerdings nicht zustimmen. Das lose Nebeneinanderstehen mehrerer Aktionen zwischen denselben Personen, z. B. der actio empti auf Grund eines Kaufes und der actio mandati aus einem Auftrage, würde, wie Merkel[17]) (ähnlich Kleinschrod[18])) richtig bemerkt, nicht genügend Interesse für eine bedeutsame juristische Lehre bieten. Die Aktionen müssen in einem weiteren Punkt übereinstimmen. Sieht man sich die Quellenstellen daraufhin an, so findet man, daß nur „eadem res" in Frage kommen kann. (Vgl. Inst. IV, 9, 1; D. 19, 1, 10; 50, 17, 1; 50, 17, 130.)

bb) Identität des wirtschaftlichen Zweckes.

§ 6.

Was unter „eadem res" zu verstehen sei, ist, wie so ziemlich alle Fragen auf dem Gebiete der Aktionen-

[10]) Kierulff, Gem. Zivilrecht Bd. 1 S. 241.
[11]) Brinz, Pand. § 40.
[12]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 § 37 IV, 1 Anm. 23.
[13]) Peter, Klagenkonkurrenz S. 6.
[14]) Wrzeszinski S. 8.
[15]) Merkel, Konkurs S. 116.
[16]) Lewinsohn S. 11f.
[17]) Merkel, Konkurs S. 4.
[18]) Kleinschrod, Konkurrenz S. 9.

konkurrenz, bestritten. Der Gedanke, eadem res könne etwa der gleiche Name der Aktionen sein, liegt so fern, daß er gar nicht in Erwägung gezogen zu werden braucht. Als etwas den Aktionen Gemeinsames kann aber „res“ nach den vorangegangenen Ausführungen (also Ausscheidung des Namens und der Personen) logischerweise nur noch entweder der Entstehungsgrund oder der bezweckte Erfolg sein. Beide Ansichten sind vertreten. Manche Schriftsteller des gemeinen Rechtes hielten die res für das den Aktionen zugrunde liegende Rechtsverhältnis und stellten „eadem res“ der „eadem causa“ gleich, so z. B. Brackenhoeft[1]) und Huschke[2]). Martens[3]) legt auf die Identität der Handlung das größte Gewicht“, weil „die Quellen . . . in diesem Sinne Andeutungen geben. Helssig[4]) fordert neben „Identität der Leistung“ „Einheit der Anspruch begründenden Tatsache“. Und Kann[5]) sucht nachzuweisen, „daß res ungefähr unserem Tatbestand entspricht“. Doch muß er zugeben, daß „natürlich ein stringenter Beweis aus den Quellen nicht möglich“ ist. Alle die genannten Ansichten erledigen sich m. E. mit dem Hinweis auf D. 19, 1, 10, wo die beiden Aktionen, die actio propria und die actio hereditaria, auf ganz verschiedenen Tatsachen und Rechtsverhältnissen beruhen, die eine auf dem Kauf, die andere auf dem Erbfall. Ein überzeugender Beweis dafür, daß D. 19, 1, 10 nicht von der eigentlichen Aktionenkonkurrenz spreche, ist m. W. noch nicht erbracht worden.

Die in der Literatur bei weitem herrschende Meinung ist die, „eadem res“ bedeute in den Fällen der Aktionenkonkurrenz etwa dasselbe, wie bei dem — im übrigen nicht hierher gehörenden — concursus causarum lucrativarum,

---

[1]) Brackenhoeft, Identität § 10 Anm. 15.
[2]) Huschke in ZZP. N. F. Bd. 2 S. 182.
[3]) Martens, Konkurrenz S. 5.
[4]) Helssig, Konkurrenz S. 65.
[5]) Kann, Klagenmehrheit S. 11ff.

— vgl. z. B. Ulpian D. 30, l. 34, 3, Africanus D. 30, l. 108, 4 (Merkel S. 94) —, sei also das, was Savigny[6]) als „gemeinschaftlichen juristischen Gegenstand oder Zweck bezeichnet". Dieser Ansicht wird man sich um so eher anschließen können, als für die Frage des gegenseitigen Einflusses der Aktionen nicht der gemeinsame Entstehungsgrund, wohl aber der gemeinsame Zweck der Aktionen von Bedeutung ist. Er erst hebt die Konkurrenz über die bloße Koexistenz empor.

In der Terminologie allerdings herrscht nichts weniger als Einheit. Jeder prägt einen eigenen Begriff. Der eine[7]) spricht von Einheit des Ziels, der andere[8]) von Einheit des Zweckes; der[9]) nennt es das einheitliche „praktische Klagobjekt", jener[10]) Erreichung . . . desselben vermögensrechtlichen Erfolges" usw. Häufig wird in der Literatur mit „eadem res" die „identische Leistung" bezeichnet (vgl. z. B. Dernburg a. a. O.; Peters S. 23), während man für die vermögensrechtliche oder wirtschaftliche Einheit des Zweckes, die man doch als die Hauptsache bezeichnet und von der identischen Leistung mit Recht unterscheidet, einen Quellenausdruck überhaupt nicht anführt. Die Bezeichnung der eadem res als der identischen Leistung widerspricht aber m. E. den von Aktionenkonkurrenz handelnden Quellenstellen, z. B. D. 50, 17, 130; 50, 17, 43, 1; Inst. IV, 9, 1; denn eine poena kann mit der anderen nicht identisch sein. (Vgl. Dernburg-Sokolowski § 125.)

Unter „eadem res" wird man m. E. am besten die „Einheit des mit den Aktionen erstrebten wirtschaftlichen Zweckes" verstehen. Darauf kam es den Römern an, wie

---

[6]) Savigny, System Bd. 5 S. 208.

[7]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 135 II, 3; Dernburg-Sokolowski § 125, 3.

[8]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 125 Anm. 10.

[9]) Unger, Österr. PrivR. Bd. 2 § 117.

[10]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 329.

Peters[11]) eingehend dargelegt hat. Besonders deutlich spricht dafür D. 27, 3, 2, 1. Ein quantitatives Mehr, das durch die eine actio erreicht werden konnte, beeinträchtigte die Einheit des Zweckes nicht. (Zustimmend O. Chr. Fischer[12]).) Sie liegt dann vor bis zur Höhe des niedrigeren Objekts. (Vgl. auch D. 43, 24, 15, 12.)

Daß in D. 44, 7, 60 „eadem pecunia" dasselbe bedeutet wie „eadem res" in D. 50, 17, 130 und Inst. IV, 9, 1, kann man wohl ohne weiteres mit Lenel[13]) annehmen, wenn man bedenkt, daß die beiden Digestenstellen — wahrscheinlich auch der letzte Satz der Institutionenstelle — von Ulpian herrühren und alle drei Stellen fast wörtlich übereinstimmen. Eisele[14]) und Karlowa[15]) werden wahrscheinlich das Richtige treffen mit der Annahme, D. 44, 7, 60 gebe den Originaltext wieder. Diese Auffassung verträgt sich auch am besten mit dem Umstande, daß im älteren römischen Rechte „omnis condemnatio pecuniaria" war. (Vgl. Gai Inst. IV, 48.)

Wenn man nun prüft, ob in den Fällen, in denen die römischen Juristen von actiones concurrentes sprechen, auch wirklich eadem res im Sinne von Einheit des wirtschaftlichen Zweckes vorliegt, so scheint gleich die erste Quellenstelle ein negatives Resultat zu liefern. Es handelt sich in Inst. IV, 9, 1 um den „dominus", der dem ädilizischen Edikt zuwider an einem öffentlichen Wege ein gefährliches Tier gehalten hat und gegen den der verletzte Freie sowohl die „actiones aedilicias" als auch die actio de pauperie benutzen darf. „Numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit". Daß hier weder eadem res im Sinne von identischer

---

[11]) Peters, Klagenkonkurrenz S. 10 ff.

[12]) O. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts.

[13]) Lenel, Palingenesia zu Ulpian 610.

[14]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 380.

[15]) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2,1 § 105 S. 994.

Leistung noch auch nur als Einheit des wirtschaftlichen Zweckes vorliegt, ist klar. Die Aktionen aus dem ädilizischen Edikt sind rein pönal; die actio de pauperie dagegen geht nur auf Schadensersatz. (Vgl. auch Merkel[16]).) Nicht etwa kann man aus dem Umstande, daß außer der arbiträren Geldstrafe noch eine Strafe in doppelter Höhe des angerichteten Schadens auferlegt wurde, den Schluß ziehen, man habe es mit einer actio mixta zu tun, die bis zur einfachen Höhe des Schadens reipersekutorisch sei. Vielmehr handelt es sich um eine reine Polizeistrafe, die nur nach dem Schaden berechnet wurde. Das ergibt sich schon daraus, daß die actio aus dem ädilizischen Edikt actio popularis war. (Vgl. auch Pernice[17]) und Windscheid[18]).) Die actio de pauperie dagegen bezweckt nur Schadensersatz. Auch die mögliche noxae datio hat nicht Pönalfunktion; sie ist ja im Gegenteil eine Vergünstigung für den Schuldner, von der er nur dann Gebrauch machen wird, wenn der Schadensersatz mehr betragen würde.

Wollte man aber auf diese Institutionenstelle die Behauptung stützen, eadem res bedeute bei der Aktionenkonkurrenz nicht Einheit des wirtschaftlichen Zweckes, sondern Einheit des Enstehungsgrundes der Aktionen, so würde auch dafür die Stelle keinen einwandfreien Beweis liefern; denn im Grunde genommen beruht die ädilizische actio auf der Übertretung der Deliktsvorschrift, die actio de pauperie auf dem Tierschaden. Außerdem würde D. 19, 1, 10 sich damit nicht in Einklang bringen lassen. M. E. bietet die Stelle überhaupt kein Beispiel für die Aktionenkonkurrenz, sondern es handelt sich einfach um Aktionen aus verschiedenen Delikten. In dem Texte des Falles selbst steht ja auch nichts von konkurrierenden Aktionen, sondern nur in dem angefügten allgemeinen Satze. Dieser

[16]) Merkel, Konkurs S. 63 f.
[17]) Pernice, Sachbeschädigungen S. 225.
[18]) Windscheid-Kipp Bd. 2 § 457 Anm. 11.

letzte Satz ist aber jedenfalls ein Zitat, das die Kompilatoren aus Ulpians Schriften übernommen und ohne tieferen Grund an die Institutionenstelle angeflickt haben. Darauf, daß der mit „numquam“ beginnende Schlußsatz wahrscheinlich eine kompilatorische Änderung der Ulpian-Stelle D. 44, 7, 60 ist, wurde schon oben hingewiesen; es ergibt sich auch — wie noch später erörtert werden wird — aus der Einschiebung des „praesertim“.

Für die Tatsache, daß aus verschiedenen Delikten auch verschiedene Aktionen entspringen, bedurfte es aber überhaupt keines Beweises, am wenigsten eines so unglücklichen, wie es ein entstelltes Zitat ist. Die Institutionenstelle ist zu einem Beweise — für oder wider — gar nicht zu benutzen. Anders steht es mit den Digestenstellen.

1. D. 9, 2, 5, 1: Konkurrenz der actio legis Aquiliae mit der actio iniuriarum. Letztere ging auf Strafe wegen der persönlichen Kränkung, war also eine actio poenalis. Die actio legis Aquiliae bezweckte Ersatz des „damnum iniuria corpori datum“. Pernice[19]) hält diesen Ersatz nur für eine poena, da jede actio ex delicto pönal sei. Anderer Ansicht scheint, wenigstens in D. 44, 7, 34, 2, Paulus zu sein: „... utraeque enim actiones (actio legis Aquiliae und commodati) rei persecutionem continent. Auch Pernice gibt schließlich (S. 123) zu, daß die actio legis Aquiliae in zweiter Linie Schadensersatz bezwecke. Letzteres sieht man aber im allgemeinen als Hauptzweck an. (So Savigny[20]), Windscheid[21]), Peters[22]).) Jedenfalls liegt mindestens bis zur Höhe des durch die Rückästimation gefundenen, den letzten Wert des „corpus“ übersteigenden Betrages — eventuell, wenn dieser höher ist als der Straf-

---

[19]) Pernice, Sachbeschädigungen S. 120 u. 118.
[20]) Savigny, System Bd. 5 S. 233.
[21]) Windscheid-Kipp Bd. 2 § 455 Nr. 5.
[22]) Peters, Klagenkonkurrenz S. 14.

anspruch der actio iniuriarum, bis zur Höhe des letzteren — eadem res in unserem Sinne vor.

2. D. 19, 1, 10: Hier scheint die Sache so zu liegen, daß der Verkäufer dieselbe Sache zweimal verkauft hat. Auch wenn nun mit der einen actio die Sache selbst, mit der anderen Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert wird, so ist doch die Einheit des wirtschaftlichen Zweckes gewahrt, wie schon aus dem Ausdruck „Schadensersatz" hervorgeht.

3. D. 44, 7, 34 pr.: Derselbe Fall wie in D. 9, 2, 5, 1 Es konkurrieren die a. legis Aquiliae und die a. iniuriarum. Eisele[23]) hält die Entscheidung der römischen Juristen, die hier eadem res annahmen, für anfechtbar wegen der „Nichtbeachtung des Umstandes, daß hier die mehreren Aktionen ganz verschiedene Zwecke verfolgen". Die Stelle ist aber m. E. gerade ein Beweis dafür, daß man bis zur Höhe der geringeren poena „eadem res" i. S. von Einheit des wirtschaftlichen Zweckes annahm.

4. D. 44, 7, 34, 1: Konkurrenz der a. commodati directa mit der condictio furtiva. Die Aktionen bezwecken Wiedererlangung desselben Besitzes, event. in beiden Fällen Entschädigung.

5. D. 44, 7, 34, 2 (1. Beispiel): In Betracht kommen die a. furti, die condictio furtiva und die a. locati directa. Die a. furti scheidet aus, da sie nur auf Strafe zielt. Im übrigen liegt der Fall ebenso wie der vorige.

6. D. 44, 7, 34, 2 (2. Beispiel): Es konkurrieren die a. commodati directa und die a. legis Aquiliae. Beide Aktionen bezwecken hier denselben Schadensersatz, die a. legis Aquiliae eventuell außerdem noch eine poena. Bezüglich des Schadensersatzes liegt also Einheit des Zweckes vor.

7. D. 47, 2, 89: Konkurrenz zwischen der a. vi bonorum

---

[23]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 362.

raptorum und der a. furti. Letztere bezweckt nur Auferlegung einer poena, erstere zugleich Schadensersatz. Bis zur Höhe der geringeren poena ist der wirtschaftliche Zweck derselbe.

c) Abgrenzung.

§ 7.

Die Prüfung der Quellen hat ergeben, daß man in Rom von Aktionenkonkurrenz dann sprach, wenn zwischen denselben Personen derselbe wirtschaftliche Erfolg mittels verschiedener Aktionen erreicht werden konnte, wenn also, wie es Wächter[1]) ausdrückt, die mehreren Aktionen nur die Mittel sind, durch welche „ganz oder wenigstens teilweise" derselbe Erfolg herbeigeführt werden soll.

Mehrere Aktionen sind also nicht „concurrentes":

1. wenn es ihnen an der Personenidentität fehlt (die sogen. subjektive Konkurrenz des gemeinen Rechts). Es handelt sich hier um die sogen. Korreal- und Solidarobligationen und die actiones adiecticiae qualitatis. Zwar werden die ersteren in der Literatur häufig unter dem Gesichtspunkte der Aktionenkonkurrenz betrachtet. — Lewinsohn[2]) will sie wenigstens „nicht völlig . . . ausscheiden". — Aber die Quellen bieten m. E. dafür keinen Anhalt.

Nicht in das Gebiet der römischen Aktionenkonkurrenz gehören auch:

2. die Fälle, in welchen Einheit des wirtschaftlichen Zweckes fehlt; denn solche Aktionen bezwecken höchstens gleiche Erfolge. Hierher gehört vor allem

a) die Verbindung von actiones mere poenales mit actiones rei persecutoriae (im weiteren Sinne, also auch actiones ex contractu); denn die einen bezwecken nur Strafe, die anderen nur Rückgabe der Sache oder Ersatz. (Vgl. Inst. IV, 9, 1;

---

[1]) Wächter, Württ. PrivR. Bd. 2 § 64.

[2]) Lewinsohn, Aktionenkonkurrenz S. 12.

D. 17, 2, 45; 13, 1, 7, 1; 47, 2, 54, 3; 27, 3, 1, 22 — die sogen. kumulative Konkurrenz des gemeinen Rechts —);

b) die Verbindung der actio redhibitoria mit der actio quanti minoris, da die erstere Rückgängigmachung des Kaufes bezweckt, die andere dagegen Aufrechterhaltung unter Minderung des Kaufpreises (der Hauptfall der sogen. alternativen Konkurrenz des gemeinen Rechts, wo, ebenso wie bei der sogen. sukzessiven Konkurrenz des gemeinen Rechts, in der Tat nicht einmal Koexistenz, geschweige denn Konkurrenz der Aktionen vorlag. (Ebenso Helssig[3]).) Merkel[4]) ist der Ansicht, für die Römer hätten die beiden Aktionen die verschiedenen Seiten desselben Anspruchs bedeutet. Das mag an sich richtig sein, ist aber noch kein Beweis dafür, daß eadem res vorgelegen habe. Denn da sich actio und Anspruch nicht decken, kann zwar dasselbe wirtschaftliche Interesse des Klägers vorliegen; der durch die eine actio angestrebte konkrete Erfolg unterscheidet sich aber wesentlich von dem anderen.)

Aus den Quellen geht hervor, daß nur die sogen. elektive Konkurrenz des gemeinen Rechts in Rom als concursus actionum angesehen wurde.

Wenn Peters[5]) nach Betrachtung verschiedener Quellenstellen zu dem Resultate kommt, es habe in Rom „schließlich die Meinung die Oberhand behalten, welche eine Konkurrenz zwischen mehreren Strafklagen nicht annahm", so beruht das m. E. auf einer Verwechslung des Begriffes der Aktionenkonkurrenz mit seiner rechtlichen Regelung. Daß in Rom Konkurrenz von actiones poenales ebenso wie die anderer Aktionen bestand, beweisen die verschiedenen Quellenstellen, die von actiones poenales concurrentes sprechen, vor allem D. 44, 7, 60. Berechtigter

---

[3]) Helssig, Klagenkonkurrenz S. 72.
[4]) Merkel, Konkurs S. 134.
[5]) Peters, Klagenkonkurrenz S. 13.

als die Vermutung einer „kritiklosen Anwendung des Ausdrucks ‚concurrentes actiones' in den römischen Quellen" (so Peters S. 2) ist wohl die, daß die römischen Juristen in den wenigen Stellen, die von actiones concurrentes sprechen, unter Aktionenkonkurrenz auch das verstehen, was sie so bezeichnen.

Zweiter Abschnitt.

Die Regelung des concursus actionum.

Erstes Kapitel.

Materiellrechtliche Regelung.

a) Das Prinzip.

aa) Absorption.

§ 8.

Für die materiellrechtliche Regelung der Aktionenkonkurrenz sind maßgebend die Sätze: „Bona fides non patitur ut bis idem exigatur" (D. 50, 17, 55) i. V. m. „bis de eadem re ne sit actio", oder auch: „quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet". Der Grundsatz, daß nur eine der konkurrierenden Aktionen zum Ziele führt, die andere oder die anderen aber durch diese eine in einem gewissen Zeitpunkte vernichtet werden, soll hier als Absorptionsprinzip bezeichnet werden. Dieses allgemeine Prinzip gilt m. E. grundsätzlich auch für die Konkurrenz von actiones poenales, obwohl einige allgemeine Quellenäußerungen dem zu widersprechen scheinen. Es handelt sich um die beiden Ulpian-Stellen: D. 44, 7, 60: Numquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit, und D. 50, 17, 130: Numquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit. Letztere Stelle ist wörtlich in Inst. IV, 9, 1 wiederzufinden.

Lenel[1]) erklärt, wie schon oben berührt wurde, die beiden Digestenstellen für identisch. Die Ähnlichkeit ist zu auffallend, als daß man ihm nicht beipflichten könnte. Dann darf man aber auch das „praesertim“ in D. 50, 17, 130 — und folglich auch in dem Schlußsatze von Inst. IV, 9, 1 — als interpoliert betrachten. In der uns überlieferten Fassung von D. 50, 17, 130 und Inst. IV, 9, 1 ist ja auch die besondere Hervorhebung der actiones poenales, nachdem die Regel zunächst für die Aktionen überhaupt gegeben ist, mit der Logik nicht recht in Einklang zu bringen. Da nun aber „actio“ nur das Vorhandensein, höchstens die Geltendmachung der actio, auf keinen Fall aber ihre Durchführung oder gar die Befriedigung auf Grund dieser actio bedeutet, so kann man aus der Stelle nicht mehr herauslesen, als daß die Existenz oder höchstens die Anstrengung der einen actio die konkurrierende nicht berühre. (So auch Karlowa[2]).) Eisele[3]) begeht den eben angedeuteten Fehler, wenn er mit Hilfe von D. 4, 2, 14, 13 — einer Stelle, die außerdem m. E. für Eiseles thema probandum nur einen sehr dürftigen Beweis liefert, da sie sich nur mit Ersatz bezweckenden Aktionen, also nur actiones poenales im weitesten Sinne befaßt — argumentiert, Ulpian bringe in D. 44, 7, 60 nicht seine Ansicht, sondern eine andere strengere Meinung zum Ausdruck, die beide Aktionen in unbeschränkter Höhe neben- oder nacheinander gewähren wollte. Diese Auffassung Eiseles scheint mir außerdem gegenüber der mindestens zweimal ohne Einschränkung getanen Äußerung nicht viel Wahrscheinlichkeit für sich zu haben.

Höchstens kann man Eisele insoweit zustimmen, daß bezüglich der Konkurrenz von actiones poenales in Rom

---

[1]) Lenel, Palingenesia zu Ulpian 610.
[2]) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2, 1 § 105 S. 993
[3]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 380.

Meinungsverschiedenheiten geherrscht haben. Diese Tatsache bringt wohl auch Hermogenian in D. 44, 7, 32 zum Ausdruck mit den Worten: „post magnas varietates". Hermogenian bespricht hier offenbar denselben Fall wie Modestin in D. 44, 7, 53. Das muß man trotz des anfänglich verschiedenen Wortlautes beider Stellen: „Plura delicta . . ." (D. 44, 7, 53) und „Cum ex uno delicto . . ." (D. 44, 7, 32) aus Modestins Worten „in una re" und aus dem Begründungssatze: „nam si ex una obligatione" schließen. Gemeint ist in beiden Fällen eine deliktische Handlung, die nur verschiedene Deliktsbegriffe enthält. (So auch Karlowa[4]; and. M. scheinbar Merkel[5].)

Modestin erkennt die allgemeine Regel ausdrücklich an: „. . . non posse omnibus (actionibus) uti probatum est". Aus der Entscheidung Hermogenians: „. . . . omnibus experiri permitti . . ." muß man auf den ersten Blick schließen, Hermogenian habe kumulative Ausübung aller Aktionen zulassen wollen. (Das meint z. B. Peters a. a. O. S. 13.) Diese Deutung würde aber, da Hermogenian erst ein Jahrhundert nach Modestin gelebt hat, verglichen mit Modestins Äußerung, der geschichtlichen Entwicklung des Rechts geradezu widersprechen. Die sozialen Ideen, die in jedem Rechte mit dem Fortschreiten der Kultur immer mehr Boden gewinnen, verdrängen allmählich das Prinzip der kriminalistischen Kumulation und führen den Grundsatz der Anrechnung oder gar den der Absorption zum Siege. (Ähnlich Dernburg-Sokoloswki[6]) und Kann[7].) Die oben gegebene Auslegung der Hermogenian-Stelle würde den Verlauf gerade umgekehrt erscheinen lassen. M. E. ist die Ansicht Karlowas[8]) die richtige: Aus Hermogenians

---

[4]) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2, 1 § 105 S. 994.
[5]) Merkel, Konkurs S. 66.
[6]) Dernburg-Sokolowski § 125 Anm. 3.
[7]) Kann, Klagenmehrheit S. 15.
[8]) Karlowa a. a. O. § 105 S. 994.

Worten kann man nur lesen, daß die Anstellung der einen actio die anderen Aktionen nicht beseitige. Über die Durchführung der Aktionen sagt Hermogenian nichts.

Der allgemeine Grundsatz ist also: Liegt concursus actionum vor, so herrscht im allgemeinen das Absorptionsprinzip, d. h. durch die benutzte actio werden die konkurrierenden Aktionen aufgezehrt.

bb) Nachforderung.

§ 9.

Falls durch die nicht benutzte actio ein quantitativ höherer Erfolg hätte erreicht werden können, bleibt sie trotz des Gebrauches der konkurrierenden actio hinsichtlich des Mehrbetrages bestehen. Das folgt schon daraus, daß die Aktionen ja nur bezüglich des beiden gemeinsamen Erfolges konkurrieren; denn nur insoweit liegt eadem res vor. Ein Plus kann daher — mindestens bei den bonae fidei iudicia — zweifellos nachgefordert werden. Das nimmt auch Merkel[1]) an mit Hinweis auf D. 17, 2, 47 pr. in Verb. mit l. 45 eod. tit.

Wie Eisele[2]) zu der Auffassung kommt, daß im Falle seiner sogen. Konsumtionskonkurrenz die Zulässigkeit einer Nachforderung „eigentlich gegen die juristische Logik" verstoße, ist nicht recht ersichtlich. (Übereinstimmend mit der hier vertretenen Auffassung Peters[3]) und O. Chr. Fischer[4]).)

Durch eingehende Untersuchung der Quellen hat Eisele (a. a. O. S. 391—394) nachgewiesen, daß die Frage der Nachforderung im klassischen Rechte noch nicht geklärt war. In manchen Fällen ist die Möglichkeit einer Nach-

---

[1]) Merkel, Konkurs S. 50.

[2]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 388 f.

[3]) Peters a. a. O. S. 36.

[4]) O. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts S. 17.

forderung nicht erwähnt, z. B. D. 13, 6, 18, 1 und 9, 2, 27, 11; in anderen scheint sie sogar ausdrücklich abgelehnt zu sein, so z. B. D. 3, 6, 5, 1. Erst die Kompilatoren haben eine Nachforderung im allgemeinen zugelassen. Da wir uns hier aber hauptsächlich mit dem klassischen römischen Rechte beschäftigen wollen, soll bezüglich der materiellrechtlichen Regelung im folgenden nicht näher auf die Nachforderung eingegangen werden. Nur kurz einige Belegstellen:

1. D. 13, 6, 7, 1: ... commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est.

2. D. 17, 2, 42: „Quod si ex stipulatu eam (sc. poenam) consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata".

3. D. 17, 3, 43: . . . hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.

4. D. 17, 2, 47 pr.: . . . cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit.

5. D. 19, 1, 28: . . . ex vendito agere non poterit, nisi in id quod pluris eius interfuit id fieri.

6. D. 44, 7, 34 pr.: . . . quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi.

7. D. 47, 2, 89: . . . quod si furti elegerit in duplum agere, potest et vi bonorum raptorum agere sic, ut non excederet quadruplum.

8. D. 47, 7, 1: . . . iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet.

9. D. 47, 8, 1: . . . tamen id quod amplius in ea est, consequatur.

b) Die Regelung im einzelnen.

aa) Konkurrenz von Aktionen aus einer Obligation.

§ 10.

Das Prinzip der Absorption der einen actio durch die konkurrierende, das einige allgemeine Quellenaussprüche für die Aktionenkonkurrenz statuieren (vgl. oben § 8), ist, wie die folgenden Ausführungen zeigen sollen, auch in den einzelnen Fällen der actiones concurrentes durchgeführt. Wenn zunächst nur die konkurrierenden Aktionen betrachtet werden sollen, die „ex una obligatione nascuntur“ (D. 44, 7, 53 pr.), so wird damit ein Einteilungsprinzip angedeutet, das in Rom zwar nicht für die materiellrechtliche Regelung, wohl aber für die prozessuale Regelung von Bedeutung war und, wie sich zeigen wird, auch für das heutige Recht von Wichtigkeit ist.

„Obligatio“ wird man in D. 44, 7, 53 pr., wie in den übrigen nun zu betrachtenden Fällen, m. E. am besten in dem schon oben (§ 3) berührten Sinne des auf einheitlichem Verpflichtungsakte beruhenden Gesamtrechtsverhältnisses (Inbegriff von Forderungsrecht und Leistungspflicht) auffassen. (Ähnlich Merkel[1].)

Daß für actiones ex contractu der Vertrag die Obligation in dem bezeichneten Sinne bildet, leuchtet ohne weiteres ein. Merkwürdig dagegen erscheint es auf den ersten Blick, daß im römischen Rechte bei Konkurrenz von actiones ex contractu mit actiones ex delicto durch die eine unerlaubte Handlung Einheit der Obligation gebildet wurde (vgl. auch O. Chr. Fischer[2]) und Eisele[3]), während man annehmen sollte, die actio ex contractu entspringe aus dem Vertrage. Bei näherer Überlegung ergibt sich aber, daß die römische

[1]) Merkel, Konkurs S. 66 f.

[2]) O. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts S. 13.

[3]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 367.

Regelung dennoch der Logik entspricht. Denn die actio ist so, wie sie sich im Konkurrenzverhältnis darstellt, erst durch das Delikt gebildet worden. Vorher bezweckte sie z. B. Rückgabe der Sache (man denke an die actio commodati oder pigneraticia), jetzt geht sie auf Schadensersatz. Das scheint mir der tiefere Grund zu sein. Im Resultat trifft die hier gegebene Erwägung mit der Erklärung Fischers (a. a. O.) zusammen, man sei bei Feststellung der Klagformeln auf den letzten Anlaß zur Anstellung der actio zurückgegangen.

Das Prinzip der Absorption wird in D. 44, 7, 53 pr. für konkurrierende Aktionen aus einer Obligation noch besonders hervorgehoben: „. . . Si ex una obligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo non omnibus utendum est".

Betrachten wir zunächst die Konkurrenz von sachverfolgenden Aktionen:

1. D. 44, 7, 34, 1: Ich habe eine Sache verliehen. Der Entleiher hat sie entwendet. Dieses Delikt bildet die „una obligatio" im Sinne der l. 53 pr. eod. tit., aus der nun die actio commodati und die condictio furtiva auf Schadensersatz entspringen. Das Prinzip der Absorption drückt Paulus mit den Worten aus: „sed altera actio alteram peremit".

Denselben Fall betrifft eine Entscheidung des Javolenus, nämlich

2. D. 47, 2, 72 pr. mit der kleinen Variante, daß hier der Entleiher „furtum ipsius (rei) admisit". Daß in diesem Falle Javolenus nicht die actio furti, sondern die condictio furtiva oder, wie Savigny[4]) sagt, die „furti condictitia actio" meint, die mit der a. commodati konkurriere, muß man m. E. annehmen. Sonst wäre die gegebene Entscheidung geradezu sinnlos. Die hier vertretene Ansicht

[4]) Savigny, System Bd. 5 S. 218.

findet sich schon bei Cuiacius[5]) und Donellus.[6]) Sie wird auch von Eisele[7]) verfochten. Merkel[8]) bekämpft sie, da die condictio furtiva nur dem dinglich Berechtigten zustehe. Das wäre m. E. aber kein Hinderungsgrund; denn man wird annehmen können, daß auch in diesem Falle, wie in der Regel, der Kommodant der dinglich Berechtigte ist. Entgegenstehen würde der Auffassung eigentlich nur der Ausdruck am Schlusse des principium: „. . . si commodati (sc. actum est), actioni furti exceptio obicitur". Aber schon in der Florentina findet sich statt „actioni" „actione". Dann würde die Stelle lauten: „. . . si commodati actione (sc. actum est), furti (sc. agenti) exceptio obicitur". Der Auffassung, daß Javolenus hier das Absorptionsprinzip für die Konkurrenz der actio commodati mit der condictio furtiva zum Ausdruck bringen will, würde dann kaum noch etwas im Wege stehen.

3. D. 44, 7, 34, 2: Der Ausdruck: „illae autem inter se miscentur", den Paulus hier für die Konkurrenz der actio locati mit der condictio furtiva gebraucht, soll jedenfalls auch auf Absorption hindeuten. Das ergibt sich schon aus der Entscheidung des Paulus in § 1 eod. fr.

4. D. 17, 2, 47 pr.: Hier wird der Grundsatz von Ulpian für die Konkurrenz der a. pro socio mit der condictio furtiva mit den Worten vertreten: „. . . si condixero, cessabit pro socio actio".

5. D. 4, 2, 14, 13: Das „metum facere" erzeugt die actio quod metus causa und die actio doli, „et consumi alteram actionem per alteram". Hier wird die Sachlage überhaupt so sein, daß regelmäßig praktisch nur die actio quod metus causa zusteht, wegen des aus D. 4, 3, 1, 1 folgenden subsidiären Charakters der actio doli.

---

[5]) Cuiacius, Observ. lib XVII cap. 12.

[6]) Donellus, Comment. lib. XXI cap. 3 §§ 10 u. 15.

[7]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 365 f.

[8]) Merkel, Konkurs S. 39.

Auch bei der Konkurrenz sachverfolgender Aktionen mit Aktionen gemischten Charakters ist das Prinzip der Absorption einheitlich durchgeführt. Eine hervorragende Rolle spielt dabei die actio legis Aquiliae.

1. Konkurrenz der actio leg. Aqu. mit einer actio ex contractu, z. B. der a. locati:

D. 19, 2, 43: Wer einen gemieteten Sklaven verwundet, haftet aus der lex Aquilia und aus der locatio. Paulus hebt mit den Worten „eiusdem vulneris nomine" hervor, daß das „vulnerare" die eine Obligation bildet. „. . . sed alterutra contentus actor esse debet": also deutlich das Prinzip der Absorption. Denselben Konkurrenzfall regeln in derselben Weise Gaius (D. 19, 2, 25, 5): „. . . ceteras actiones (i. e. a. leg. Aquiliae, a. arborum furtim caesarum und interdictum quod vi aut clam) locator omittat"; Proculus (D. 9, 2, 27, 11): „si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum" (D. 9, 2, 7, 8): „vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem". (Vgl. zu diesem letzten Falle auch Karlowa[9].)

Beispiele für die Regelung der Konkurrenz der actio legis Aquiliae mit der actio pigneraticia bieten:

D. 9, 2, 18: „. . . alterutra contentus esse debebit actor" und

D. 13, 6, 18, 1: „aliae tolluntur". Dieser letztere Fall betrifft zugleich das Zusammentreffen der a. leg. Aqu. mit der a. commodati, ebenso wie

D. 44, 7, 34, 2. Hier macht allerdings der Text die Unterscheidung, ob von der actio legis Aquiliae vor oder nach der actio commodati Gebrauch gemacht werden soll. Und nur im ersteren Falle würde die allgemeine Regel Platz greifen: „post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur". Dagegen: „post commodati . . . Aquiliae . . . verius est remanere . . ." Wenn Paulus, wie auch aus

---

[9]) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2, 1 § 105 S. 987.

den Basiliken LII, 1, 33 hervorgehen würde, wirklich „remanere“ geschrieben hat, so würde das darauf hindeuten, daß er den Fall der Nachforderung im Auge gehabt hat. Wahrscheinlich aber hat Paulus, wie schon Donellus annimmt, nicht „remanere“, sondern „non remanere“ geschrieben. Diese Lesart würde zu der hinter „remanere“ stehenden Begründung allein passen. Möglich ist es auch, daß Paulus zwar „remanere“, aber dann am Schlusse des Begründungssatzes „locum habet“ statt „locum non habet“ geschrieben hat. Das nehmen z. B. Cuiacius[10]) und Martens[11]) an. Doch scheint es mir wahrscheinlicher, daß die Kompilatoren ein „non“ übersehen, als daß sie ein solches hinzugesetzt haben.

Übereinstimmend mit der hier vertretenen Auffassung Huschke[12]) (nach der Meinung Lewinsohns[13]) allerdings nicht), Eisele[14]) und Karlowa.[15])

Die schon mehrfach erwähnte Stelle D. 13, 6, 18, 1 behandelt schließlich auch noch die Konkurrenz der actio legis Aquiliae mit der actio depositi im Sinne des Prinzips.

Die Konkurrenz anderer actiones mixtae mit sachverfolgenden Aktionen regelt sich in der angegebenen Weise: z. B. D. 27, 3, 1, 21 (a. rationibus distrahendis und a. tutelae directa): „. . . sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est“.

D. 27, 3, 2, 1 (actio rationibus distrahendis und condictio furtiva): „. . . tollitur hoc iudicium“.

D. 3, 6, 5, 1 (actio calumniae und condictio furtiva): „. . . sufficere alterutram actionem“.

---

[10]) Cuiacius, Observ. III, 25.
[11]) Martens, Konkurrenz S. 48.
[12]) Huschke, Konkurrenz der Klagen S. 184ff.
[13]) Lewinsohn a. a. O. S. 81 Anm. 1.
[14]) Eisele a. a. O. S. 348.
[15]) Karlowa a. a. O. S. 992 Anm. 2.

Dieselbe Regelung findet sich bei der Konkurrenz von actiones mixtae untereinander; z. B.

D. 47, 7, 1 (actio legis Aquiliae und actio arborum furtim caesarum): „ita utramque dandam, ut iudex in posteriore deducat in quod ex prima conecutus sit et reliquo condemnet". Hier ist auf die Möglichkeit der Nachforderung hingewiesen.

Bezüglich der Fälle, in denen eine actio mere poenalis vorkommt, scheint in Rom völlige Einheit nicht geherrscht zu haben. Zwar Paulus bringt auch hier das allgemeine Prinzip zum Ausdruck: Der Räuber haftet aus der actio furti und der actio vi bonorum raptorum. Wird die a. furti zuerst benutzt, so kann mit der a. vi bon. rapt. noch der überschießende Betrag verlangt werden. Im anderen Falle ist die a. furti, die nur auf Strafe geht, aufgezehrt. So Paulus: D. 47, 8, 1. Dieselbe Ansicht vertritt er im Falle D. 44, 7, 34 pr.: „Ex uno acto" sind die actio iniuriarum und die actio legis Aquiliae gegeben gegen den, „qui servum alienum iniuriose verberat". „. . . altera electa alteram consumi". Hier führt Paulus noch eine Gegenansicht an, die dann, wenn zuerst von der a. iniur. Gebrauch gemacht worden sei, die a. leg. Aqu. noch kumulieren wolle. Demgegenüber meint Paulus, „mea sententia" — das „mea" ist aller Wahrscheinlichkeit nach zu ergänzen — (vgl. auch Karlowa[16]), nur „in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur". M. E. ist diese Bemerkung des Paulus ziemlich überflüssig; denn wenn die „alii" der Meinung waren, „per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi", so wollten sie offenbar „si ante iniuriarum actum esset", die actio legis Aquiliae nur bezüglich des Schadensersatzes, also der Nachforderung, zusprechen, befanden sich also in Übereinstimmung mit der allgemeinen Regelung, die Paulus am Ende der Stelle als „rationabilius"

---

[16]) Karlowa a. a. O. S. 987 Anm. 1.

bezeichnet, nämlich „quod autem amplius in altera est, etiam hoc“ — oder, wie Mommsen sagt, „postea — exsequi“.

Für „eine schlichte Anwendung der in l. 34 D. 44, 7 an die Spitze gestellten Grundregel“ hält Martens[17]) die Entscheidung Papinians: D. 48, 5, 6 pr.

Dem könnte man vielleicht beistimmen, wenn nicht der Schlußsatz der Papinian-Stelle lautete: „nec propter plures actiones parcendum erit in huiusmodi crimine reo“. Aber selbst wenn man mit Eisele[18]) diesen Schlußsatz für interpoliert hält, so würde dennoch die vorhergehende Ausdrucksweise: „ . . . nec erit deneganda praetoria quoque actio de servo corrupto“ darauf hindeuten, daß Papinian sämtliche Aktionen in voller Höhe gewähren will. Denn daß die actio de servo corrupto für den Fall, daß eine Sklavin geschändet worden ist, an sich zustehe, daran würde niemand zweifeln. (Vgl. auch Eisele a. a. O.) Zu der an die Spitze von D. 44, 7 34 gestellten Regel gehört aber untrennbar der Satz: „sed quidam altera electa alteram consumi“, was Martens zu übersehen scheint. Dann hätte also Papinian nur die halbe Regel angewandt.

Die Auffassung v. Vangerows[19]), Papinian habe nur sagen wollen, wenn auch die lex Aquilia hier nicht anwendbar sei, so könne doch von Straflosigkeit keine Rede sein, da ja mehrere andere Aktionen anstellbar seien, scheint mir nicht viel Wahrscheinlichkeit für sich zu haben. (Vgl. auch Martens[20]).)

M. E. spricht mehr dafür, daß Papinian nur „in huiusmodi crimine“ eine Ausnahme von der Regel statuieren wollte. So auch Huschke[21]), der in der Stelle ein Bei-

---

[17]) Martens, Konkurrenz S. 93f.
[18]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 342f.
[19]) v. Vangerow, Pand. Bd. 3 § 572.
[20]) Martens a. a. O. S. 93.
[21]) Huschke, Konkurrenz der Klagen S. 197.

spiel für die strenge moralische Denkungsweise Papinians sieht. Überhaupt hindert nichts daran, dem Papinian bezüglich der Entscheidung der behandelten Frage eine Sonderstellung zuzusprechen. Widerstreitende Meinungen, deren man in der heutigen Literatur so unzählige findet, hat es doch auch in Rom gegeben. Jedenfalls handelt es sich um eine ganz einzigartige Bestimmung. (Vgl. Göschen[22].)

Einen ähnlichen Fall scheint zwar Ulpian ebenso entschieden zu haben wie Papinian. Doch handelt es sich da (D. 11, 3, 11, 2) — ebenso wie in Cod. 6, 2, 20 und Inst. IV 1, 8 — um zwei verschiedene Delikte (vgl. Kleinschrod[23]), und die Worte: „ . . altera alteram non minuit" besagen nur, daß nicht schon die Existenz oder die Anstellung der einen actio die andere beeinflußt. (Vgl. Eisele[24].)

Auffallen muß bei einer Betrachtung der angeführten Quellenstellen, daß unter der großen Zahl von Beispielen sich kein einziges für eine Konkurrenz von actiones ex contractu unter sich befindet. Einen solchen Fall wird man aber überhaupt schwerlich finden, das hängt mit dem Wesen des römischen Rechts zusammen. In Rom war vor allem das Obligationenrecht, das eigentliche Verkehrsrecht, in hervorragendem Maße ausgebildet und bis in die Einzelheiten ausgearbeitet. Auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis paßte auch eine — aber auch nur eine — bestimmte actio. Deshalb ist bei demselben Rechtsverhältnis, das ja zugleich auch eine obligatio in dem bezeichneten Sinne darstellt, eine Konkurrenz verschiedener actiones ex contractu undenkbar. Auf einen bestimmten Tatbestand können neben der einen Regel des Vertragsrechts nur noch Regeln des Deliktsrechts zur Anwendung kommen.

Anders, wenn mehrere Obligationen vorliegen. Hier ist die Konkurrenz von actiones ex contractu häufig.

---

[22]) Göschen-Erxleben, Vorlesungen Bd. 1 § 159 S. 459.

[23]) Kleinschrod, Konkurrenz S. 17.

[24]) Eisele a. a. O. S. 352.

bb) Konkurrenz von Aktionen aus verschiedenen Obligationen.

§ 11.

Fassen wir zunächst wieder die Fälle der Konkurrenz sachverfolgender Aktionen ins Auge, so finden wir auch hier das allgemeine Prinzip durchgeführt:

1. D. 19, 1, 28: Es handelt sich um zwei Obligationen, die eine beruhend auf dem pactum adiectum, die andere auf der stipulatio. Durch beide ist eine Vertragsstrafe festgesetzt worden: „... si consecutus fuerit ... doli mali exceptio summovebit" und „si ex stipulatu poenam consecutus fuerit, ipso iure ex vendito agere non poterit, nisi in id, quod pluris eius interfuit id fieri".

Diesem Ausspruche Julians widerspricht auch nicht eine andere von ihm herrührende Entscheidung, nämlich D. 44, 7, 18: Der Fall liegt folgendermaßen: Es hat jemand sich durch Stipulation den Sklaven Stichus versprechen lassen und beerbt dann einen anderen, dem derselbe Stichus aus einem Testament geschuldet wurde. Julian entscheidet nun: „si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem, et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit". Zu lesen ist auch aus dieser Entscheidung nur, daß die Anstellung der einen actio an sich noch keinen Einfluß auf die andere ausübt. Ob eine solche Einwirkung in einem späteren Stadium des Prozesses noch stattfindet, darüber ist nichts gesagt.

2. D. 19, 1, 10: Es hat jemand eine Sache zweimal verkauft. Der eine Käufer beerbt den anderen und kann nun sowohl die actio propria als auch die actio hereditaria geltend machen: „.. si .. adierit hereditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum". Die Entscheidung im ersten Teile dieser l. 10, daß der Erbe auch „separatim duarum

actionum commodo uti“ könne, ist keine Abweichung von der Regel; denn „ante aditam hereditatem“ liegt ja überhaupt noch keine Konkurrenz vor, wohl aber nachher. Anderer Ansicht scheint Helssig[1]) zu sein, aber ohne nähere Begründung.

3. D. 17, 2, 38, 1 und l. 43 eod. tit.: Es treffen zusammen die actio pro socio und die actio communi dividundo. Ob Proculus und mit ihm Paulus (l. 31, 1) in diesem Falle tatsächlich zwei Obligationen angenommen hat, ist sehr zweifelhaft. Mir scheint sogar die Ansicht Eiseles[2]) die richtige zu sein, Proculus habe als die einzige Obligation die „die betreffende Verpflichtung auslösende Tatsache“ angesehen. Uns liegt die Auffassung Ulpians (l. 43) näher, der für die actio pro socio den Vertrag, für die actio communi dividundo das Miteigentum als die zugrunde liegenden Obligationen betrachtet. (Vgl. Peters[3]) und Eisele[4]).)

Das allgemeine Prinzip der Absorption vertritt Proculus ebenso wie Ulpian. Denn ersterer entscheidet: „altera actione alteram tolli“, und Ulpian statuiert noch besonders das Prinzip der Nachforderung: „si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est“.

Bezüglich der Konkurrenz von actiones poenales aus verschiedenen Obligationen müssen wir uns mit der schon oben (§ 8) angeführten allgemeinen Regelung (D. 44, 7, 53 und l. 32 eod. tit.) begnügen. Denn in den Fällen D. 11, 3, 11, 2 und D. 47, 1, 2 handelt es sich um „diversa maleficia“, und es kommt überhaupt keine Aktionenkonkurrenz in Frage. Bei verschiedenen Kontrakten kann „concursus actionum“ vorliegen, nämlich dann, wenn die Parteien durch

[1]) Helssig, Konkurrenz S. 6 Anm. 17.
[2]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 375 f.
[3]) Peters, Klagenkonkurrenz S. 16 f.
[4]) Eisele a. a. O. S. 75.

die verschiedenen Verträge denselben Erfolg herbeiführen wollten (vgl. besonders D. 19, 1, 28). Ein solcher Parteiwille ist, wenn verschiedene Delikte vorliegen, ausgeschlossen.

In Betracht kommen als Fall konkurrierender Aktionen könnte höchstens D. 47, 1, 2, 3; denn hier wird nicht von verschiedenen Delikten gesprochen. Doch muß man aus dem Zusammenhange wohl entnehmen, daß Ulpian noch den Tatbestand des vorhergehenden Paragraphen, das „rapuit et occidit" im Auge hat. (So auch Eisele[5]).)

Zweites Kapitel.

Prozessuale Regelung.

a) Einfluß von Litiskontestation und Befriedigung.

aa) Das Prinzip.

§ 12.

In der früheren Lehre von der Aktionenkonkurrenz findet man fast ausnahmslos die Meinung, eine Vernichtung (unsere Absorption) der nicht benutzten konkurrierenden Aktionen trete erst ein im Momente der Befriedigung des Klägers auf Grund der verwendeten actio. So z. B. Donellus[1]), Savigny[2]), v. Keller[3]), Martens[4]), Krüger[5]), Helssig[5]), ähnlich auch Dernburg[7]).

Man stützte sich dabei auf gewisse Quellenstellen, z. B. D. 13, 5, 18, 3, wo gesagt ist: „... solutione potius... liberationem contingere, non litiscontestatione ..." und

---

[5]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 374.
[1]) Donellus, Comm. lib. XXI cap. 3 §§ 4ff.
[2]) v. Savigny, System S. 209.
[3]) v. Keller, Pand. Bd. 1 § 82.
[4]) Martens, Konkurrenz S. 56f.
[5]) Krüger, Konsumption S. 101f.
[6]) Helssig, Konkurrenz S. 34 N. 87.
[7]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 135.

verallgemeinerte solche für bestimmte Fälle getroffene Entscheidungen. Höchstens gab man zu, daß ausnahmsweise in manchen Fällen Absorption schon durch die Litiskontestation bewirkt werde (Merkel[8]).

Eine Stütze sah man auch in der Regel: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur (D. 50, 17, 57), die bona fides lasse nicht zu, daß zweimal dasselbe erlangt werde. Mit dieser Auffassung, daß erst die Befriedigung von Einfluß sei, war aber der andere Satz: Bis de eadem re ne sit actio nicht vereinbar, vor allem nicht, wenn man auch hier eadem res in dem Sinne von Einheit des wirtschaftlichen Zweckes auffaßte. Denn bis zur erfolgten Befriedigung ließ man ja die konkurrierende actio zu. Nun ermächtigt allerdings die vielseitige Bedeutung des Wortes „res“ dazu, anzunehmen, daß in dem Satze: bis de eadem re ne sit actio „eadem res“ nicht Einheit des Zweckes bedeutet, sondern Einheit des Entstehungsgrundes; denn nur diese bleibt ja, abgesehen von bloßer Gleichheit des Namens, für die Aktionenkonkurrenz noch übrig. Dann können aber die Fälle der Konkurrenz, in denen jeder actio eine besondere obligatio zugrunde liegt, von dem Satze überhaupt nicht getroffen werden. Und in den übrigen Fällen kann, da mit „actio“ höchstens die Anstellung der actio gemeint ist, nicht erst die Befriedigung das absorbierende Moment bilden. Zu dieser Erkenntnis scheint schon Brinz[9]) gekommen zu sein. Den eingehenden Beweis dafür, daß bei Einheit des Verpflichtungsgrundes die Absorption nicht erst durch die Befriedigung, sondern schon im Augenblicke der Litiskontestation erfolgt, hat an der Hand der Quellen erst Eisele[10]) geführt.

Daß es nur so und nicht anders sein kann, geht aber schon aus den allgemeinen Grundsätzen des römischen

---

[8]) Merkel, Konkurs S. 72, 104ff.

[9]) Brinz, Pand. Bd. 2 § 98.

[10]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 349ff.

Rechts hervor, und hier zeigt unsere Einteilung in actiones quae ex una obligatione nascuntur und actiones, denen je eine obligatio entspricht, schon für das römische Recht ihre Bedeutung.

Ausschlaggebend ist die novierende Wirkung der Litiskontestation, wodurch die materiellrechtliche Obligation durch Umwandlung in eine prozessuale vernichtet wird. Das „dare oportere" verwandelt sich in ein „condemnari oportere". (Vgl. Gai Inst. III, 180.) Wenn nun jeder der konkurrierenden Aktionen eine besondere Obligation entspricht, so hat die Litiskontestation nur für die gerade benutzte actio Bedeutung. Die übrigen Aktionen bleiben völlig unberührt. Erst durch vollständige Befriedigung auf Grund der einen actio werden sie absorbiert; denn dann ist der wirtschaftliche Erfolg, den auch sie bezweckten, erreicht. Sie entbehren also des Grundes. Während bis zur Befriedigung Anstellung der übrigen Aktionen zulässig war, kann nachher nur noch die Nachforderung eines überschießenden Betrages in Frage kommen.

Anders ist es, wenn alle konkurrierenden Aktionen auf derselben Obligation beruhen. Dann wird durch die Litiskontestation auch den nicht benutzten Aktionen der Unterbau entzogen, und sie fallen in sich zusammen. Es kann von nun an nur noch ein eventuelles Plus nachgefordert werden.

Wenn diese allgemeinen Erwägungen richtig sind, so müssen die von Eisele[11]) unter dem Namen der Konsumtionskonkurrenz zusammengefaßten Fälle, in welchen die Absorption der übrigen Aktionen schon durch die Litiskontestation auf Grund der einen actio eintritt, zusammenfallen mit den Fällen, wo die konkurrierenden Aktionen auf derselben obligatio beruhen, und die Fälle der sogen. Solutionskonkurrenz (Eisele a. a. O.) sich decken

[11]) Eisele a. a. O. S. 368.

mit den Fällen der Konkurrenz verschiedener Aktionen aus verschiedenen Obligationen.

bb) Die Regelung im einzelnen.

1. Konsumtionskonkurrenz.

§ 13.

Zu untersuchen sind hier die (oben in § 10 behandelten) Fälle der Konkurrenz von Aktionen aus einer Obligation:

1. D. 44, 7, 34, 1: Der Entleiher, der die entliehene Sache entwendet hat, haftet aus der actio commodati und der condictio furtiva. „Sed altera actio alteram peremit . . .“ Schon mehrfach ist darauf hingewiesen worden, daß „actio“ höchstens die Anstellung der actio bedeute. Und so wie die Klageerhebung im heutigen Prozeßrecht in der Zustellung der Klageschrift an den Gegner liegt (ZPO. § 253), so war in Rom die actio geltend gemacht im Momente der Litiskontestation, wie auch im Formularprozeß in Verwendung des früheren Ausdrucks das zweite „edere“ und „accipere“ der „formula“ genannt wurde. „Altera actio alteram peremit“ heißt also: Die Geltendmachung der einen actio vernichtet die andere.

Ebenso D. 27, 3, 1, 21: „. . . peremta est“ und „. . . agi non potest“. Dasselbe bedeuten die Ausdrücke: „consumi alteram actionem per alteram“ (D. 4, 2, 14, 13), „si furti actum est — d. h.: die condictio furtiva angestrengt worden ist (vgl. oben § 10) —, commodati actio extinguitur“ (D. 47, 2, 72 pr.), „post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur, post commodati . . . Aquiliae . . . non remanere“ (D. 44, 7, 34, 2; vgl. oben § 10: Bei bloßem „remanere“ würde die Frage der Nachforderung mit in den Kreis der Betrachtung gezogen sein), schließlich: „aliae tolluntur“ (D. 13, 6, 18, 1).

Auch der Fall D. 17, 2, 47 pr. gehört hierher: „. . . si

ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio . . .“; denn da die condictio furtiva nur eine besondere actio in personam ist, kann man auch unter „condicere“ nur die Anstellung des betreffenden Rechtsmittels verstehen.

Nicht ganz klar ist die Ausdrucksweise des Paulus in D. 44, 7, 34, 2: „. . . illae (sc. condictio und actio ex locato) inter se miscentur“. Man kann mit Lewinsohn[1]) annehmen, Paulus habe damit überhaupt keine Entscheidung über den Moment des Eintritts der Absorption treffen wollen. Keinesfalls kann man aber aus dem unklaren Ausdrucke den Schluß ziehen, Paulus habe in diesem Falle nicht Absorption durch die Litiskontestation zulassen wollen. Vielmehr deutet eher das „miscere“ darauf hin, daß die nichtbenutzte actio in der benutzten auf- oder untergehen solle. Paulus spricht sich ja auch in dem ganz ähnlichen Falle des § 1 eod. fr. ohne Bedenken für Konsumtionskonkurrenz aus.

Die Ausdrucksweise: „vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem“ (D. 9, 2, 7, 8) deutet, wie Karlowa[2]) m. E. mit Recht annimmt, darauf hin, daß hier schon die bindend gewordene Wahl der einen actio die mit ihr konkurrierende ausschließe. Da nun aber die Wahl tatsächlich erst mit der Litiskontestation bindend wurde, so ist das Resultat auch hier Konsumtionskonkurrenz.

Einen analogen Fall bietet D. 44, 7, 34 pr.: „altera electa alteram consumi“.

Die Worte: „. . . si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum“ (D. 9, 2, 27, 11) lassen erkennen, daß die absorbierende Wirkung nicht erst der Befriedigung zuzuschreiben ist, sondern, wie es scheint, dem Urteile. Da aber im allgemeinen in Rom das Urteil eine derartige Wirkung nicht hat, so wird man wahrscheinlich nicht fehl-

---

[1]) Lewinsohn, Aktionenkonkurrenz S. 72.

[2]) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2, 1 § 105 S. 987.

gehen mit der Annahme, die Absorption sei auch hier schon im Momente der Litiskontestation erfolgt, was nur nicht besonders hervorgehoben ist. (Vgl. auch Karlowa[3]).)

Der eben besprochenen Stelle entspricht wahrscheinlich der Ausdruck: „alterutra (sc. actione) contentus actor esse debet", der sich z. B. in D. 19, 2, 43 findet. Karlowa[4]) ist nun allerdings der Ansicht, Paulus deute mit dem „contentus" auf erfolgte Befriedigung hin. Dem kann man m. E. nicht beitreten. Das hieße dem Texte Zwang antun. Es steht nichts davon da, daß der Kläger „una solutione contentus esse debet", sondern „una actione". Und da „actio" nur die Anstellung der actio bedeuten kann, darf man aus der Stelle nichts anderes lesen als: Der Kläger müsse sich mit der Anstellung der einen actio zufrieden geben. So auch Eisele[5]).

Denselben Wortlaut wie in D. 19, 2, 43 finden wir in D. 9, 2, 18, die ja auch von Paulus herrührt, und schließlich auch noch in D. 17, 2, 50, welche letztere Stelle aber — wahrscheinlich durch die Kompilatoren — so entstellt worden ist, daß sich damit überhaupt nichts beweisen läßt. (Vgl. Eisele a. a. O. S. 376 f.)

Der Wortlaut in D. 3, 6, 5: „. . . sufficere alterutram actionem" deutet klar auf Konsumtionskonkurrenz.

Dagegen scheint es sich in D. 27, 3, 2, 1 um eine Ausnahme zu handeln: „. . . si consecutus fuerit . . . quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium". Danach schiene hier erst die Befriedigung die konkurrierende actio aufzuheben. Daß Paulus in diesem Falle wirklich Solutionskonkurrenz habe statuieren wollen, kann man nicht annehmen, entscheidet er sich doch in den ähnlichen Fällen: D. 44, 7, 34, 1 u. 2 ohne Bedenken für Konsumtion durch

---

[3]) Karlowa a. a. O. S. 989 Anm. 1.
[4]) Karlowa a. a. O. S. 986.
[5]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 335 f.

Litiskontestation. Diesen Standpunkt hat Paulus sicherlich auch in D. 27, 3, 2, 1 vertreten. Daß, wenn schon Litiskontestation absorbierende Wirkung ausübt, die Solution das in noch höherem Maße tut, leuchtet ein. Nur letztere erwähnt Paulus an dieser Stelle. (Vgl. näher Eisele[6]).)

In D. 47, 7, 1 ist über den Zeitpunkt des Eintritts der Absorption gar nichts gesagt. Wenn man aber aus den Worten Labeos schon schließen will, Labeo habe gar keine Einwirkung der einen actio auf die andere angenommen, wie das Eisele (a. a. O. S. 378) tut, so ist das m. E. verfehlt. Labeo sagt nichts weiter als: Im Falle der arbores furtim caesae stehe sowohl die actio legis Aquiliae als auch die actio duodecim tabularum zu. Ein gegenseitiger Einfluß dieser Aktionen wird weder behauptet noch geleugnet. Die näherliegende Annahme ist doch wohl, Labeo habe sich im allgemeinen mit seinem Lehrer Trebatius in Übereinstimmung befunden. Und die Äußerung des Trebatius, deren wesentlichster — vor allem die Frage der Nachforderung betreffender — Teil übrigens nach der jedenfalls richtigen Ansicht von Eisele[7]) und Pernice[8]) interpoliert ist, ist m. E. nur als Erläuterung der Worte Labeos aufzufassen. (Vgl. auch Karlowa[9]).)

Es bleibt schließlich nur noch übrig, D. 47, 8, 1 zu betrachten. Aus dem „actum sit“ und „actum est“ kann man wieder nur einen Schluß auf die erfolgte Litiskontestation ziehen, und die letzten Worte der Stelle: „ut tamen id quod amplius in ea est, consequatur“ regeln auch hier die Nachforderung.

Eine eingehende Untersuchung der Quellen hat unsere Annahme bestätigt: Wenn mehrere auf derselben Obligation beruhende Aktionen in Konkurrenz treten, so erfolgt die

---

[6]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 372.

[7]) Eisele a. a. O. S. 378 Anm. 40.

[8]) Pernice, Labeo Bd. 2 Abt. II, 1 S. 60 Anm. 3.

[9]) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2, 1 § 105 S. 993.

Absorption schon im Momente der Litiskontestation auf Grund der einen actio; es liegt also die sogen. Konsumtionskonkurrenz vor. Die wenigen nicht ganz zweifelsfreien Stellen verschwinden unter der Menge völlig einwandfreier Beispiele.

2. Solutionskonkurrenz.

§ 14.

Es gilt nun die — oben unter § 11 behandelten — Fälle, in denen gemäß den Ausführungen in § 12 die Absorption erst im Momente der Befriedigung eintreten kann, zu untersuchen. Unsere Annahme finden wir zunächst bestätigt in dem Falle:

1. D. 19, 1, 28: „. . . si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fuerit, . . ex vendito agere non poterit, . .“ Erst wenn der Gläubiger befriedigt worden ist, darf er die andere actio nicht mehr anstrengen, „nisi in id, quod pluris eius interfuit id fieri“. Julian denkt also auch hier an die Möglichkeit der Nachforderung eines Mehrbetrages.

2. Die andere Entscheidung Julians (D. 44, 7, 18) steht, wie schon oben (§ 11) erwähnt, mit der eben behandelten nicht im Widerspruche. Allerdings ist in D. 44, 7, 18 Solutionskonkurrenz nicht ausdrücklich statuiert, aber auch nicht abgelehnt. Abgelehnt ist nur — und mit Recht — die Konsumtion durch Litiskontestation.

3. D. 19, 1, 10: Daß hier der Fall der Konkurrenz überhaupt erst „post aditam hereditatem“ vorliegt, wurde schon oben (§ 11) erwähnt. Die Entscheidung: „per eam (sc. actionem motam) utriusque contractus sentiat commodum“ schließt nicht jeden Zweifel aus. Aber da sich von „commodum sentire“ überhaupt erst nach der Befriedigung reden läßt, kann man auch hier ohne Bedenken das Vorliegen

von Solutionskonkurrenz annehmen. Anders liegt die Sache im Falle

4. D. 17, 2, 38, 1: Hier statuiert Proculus — und offenbar mit ihm Paulus — Konsumtion durch Litiskontestation. Dadurch ist aber unsere Regel noch nicht widerlegt. Proculus hat offenbar nur eine Obligation als vorliegend erachtet (vgl. Eisele[1]).) Unter dieser Voraussetzung mußte er so entscheiden, wie er es getan hat. Daß Ulpian die m. E. richtigere Auffassung vertreten hat, es handle sich um zwei Obligationen, nämlich das Gesellschaftsverhältnis für die actio pro socio und das Miteigentum für die actio communi dividundo, es komme somit nur Solutionskonkurrenz in Frage, beweist seine Entscheidung desselben Falles in D. 17, 2, 43: „Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio. . . . Sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est". (Also Möglichkeit einer Nachforderung.)

Auch für die Fälle der Konkurrenz von Aktionen aus verschiedenen Obligationen haben die Quellen einen hinreichenden Beweis für die Richtigkeit unserer Annahme der Solutionskonkurrenz geliefert.

Wirft man einen Blick über die vorstehenden Paragraphen, so ergibt sich deutlich, daß die Fälle der Konkurrenz von Aktionen, denen je eine obligatio entsprach, in Rom viel seltener waren als die Fälle der „actiones ex una obligatione concurrentes". Man muß demgemäß Eiseles[2]) Behauptung, im klassischen Rechte sei „die Konsumtionsregel der regulierende Faktor der Aktionenkonkurrenz" gewesen, beistimmen.

---

[1]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 375 f.
[2]) Eisele a. a. O. S. 381.

b) Einfluß des Urteils.

§ 15.

Wenn auf Grund der benutzten actio ein den Beklagten freisprechendes Urteil erging, so hinderte nichts den Kläger daran, die auf eine andere obligatio, über deren Grund das freisprechende Erkenntnis ja noch nicht entschieden hatte, sich gründende konkurrierende actio zu einem neuen Prozesse zu verwenden. Kam dagegen dieselbe obligatio in Betracht, so konnte ihm der Beklagte die exceptio rei iudicatae entgegenhalten. — Brinz[1]) scheint der Ansicht zu sein, diese exceptio sei — abgesehen von den Fällen einer Nachforderung (D. 44, 7, 41, 1; 17, 2, 43 u. 47 usw.) — in jedem Falle einer zweiten Klage möglich gewesen. Das folgert er aus D. 44, 2, 5. Doch übersieht er wohl, daß es sich bei einer neuen actio aus einer besonderen obligatio zwar um „eadem res inter easdem personas", aber nicht um „eadem quaestio" handelt.

Das Anstrengen eines neuen Prozesses bezüglich desselben Anspruches war aber sogar nach einem verurteilenden Erkenntnisse in den Fällen der Solutionskonkurrenz bis zur Befriedigung noch rechtlich zulässig und in den Fällen der Konsumtionskonkurrenz wenigstens tatsächlich möglich. Gegen eine solche Verwicklung in einen neuen Prozeß, der — wenigstens in den Fällen der Solutionskonkurrenz — eine neue actio iudicati zur Folge haben konnte und in jedem Falle dem Beklagten Unannehmlichkeiten bereitete, suchte man den schon einmal Verurteilten zu schützen. Der siegreiche Kläger sollte zwischen Urteil und Befriedigung von einer konkurrierenden actio nur dann Gebrauch machen dürfen, wenn er ein besonderes berechtigtes Interesse daran hatte. (Vgl. Dernburg-Sokolowski[2]).) Zu

---

[1]) Brinz, Pand. § 40.

[2]) Dernburg-Sokolowski § 125, 3b.

diesem Zwecke griff der iudex ein. Entweder lag es schon in seinem „officium“, die „ipso iure“ eingetretene Vernichtung der actio zu beachten (vgl. D. 19, 1, 25, 5 und D. 44, 7, 34, 1), oder er wurde „per exceptionem“ darauf aufmerksam gemacht (D. 19, 1, 28 und D. 44, 7, 34, 1). Die exceptio doli (D. 19, 1, 28) war, wie auch Paulus in der zuletzt angeführten Stelle hervorhebt, jedenfalls für den Beklagten am sichersten, da das „officium iudicis“ nicht immer als so weitgehend betrachtet wurde. (Vgl. Karlowa[3]).)

Stand in der „formula“ die exceptio doli, so hatte der iudex schon auf Grund der zuerst angestellten actio nur dann zu verurteilen, wenn der Kläger eine „cautio de remittendo“ leistete (D. 47, 2, 9, 1). Diese Kaution bot Sicherheit dafür, daß der siegreiche Kläger nicht doloserweise eine neue actio anstrengte. Tat er das dennoch, so verfiel die geleistete Kaution. Anders, wenn er ein erhebliches Interesse an der Anstellung einer neuen actio hatte. Dann lag gar kein dolus auf seiner Seite vor.

Vielfach war die Frage auch so geregelt, daß nicht schon im ersten Prozeß der iudex eingriff, sondern daß nur eine zweite actio iudicati bezüglich derselben Forderung dadurch verhindert wurde, daß der iudex, der in dem späteren Prozesse zu entscheiden hatte, nur auf den überschießenden Betrag, der ja eingeklagt werden durfte, verurteilte. Beispiele dafür bieten: D. 44, 7, 41, 1 und D. 47, 7, 1, auch D. 17, 2, 42 u. 43 und, wie es scheint, D. 19, 1, 28.

---

[3]) Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2,1 § 105 S. 993.

Zweiter Hauptteil.

Die Anspruchskonkurrenz des heutigen Privat- und Prozeßrechts im Vergleich zu dem römischen concursus actionum.

Erster Abschnitt.

Begriff und Wesen der heutigen Anspruchskonkurrenz.

Erstes Kapitel.

Der Anspruchsbegriff.

a) Seine geschichtliche Herleitung.

§ 16.

Von Aktionenkonkurrenz kann man im heutigen Recht nicht mehr sprechen. Uns fehlt nicht nur das Wort, sondern auch der Begriff der „actio".

Die Aktionen hatten eigentlich schon gegen Ende des dritten Jahrhunderts ihre Rolle ausgespielt, als die Zäsur des Verfahrens der „extraordinaria cognitio" weichen mußte. Zur Zeit Justinians benutzte man zwar noch die althergebrachten Klageformeln. Aber man machte einen viel freieren Gebrauch davon. (Vgl. Heffter[1]). Gerade in bezug auf die Aktionen war ja der oströmische Prozeß grundverschieden von dem klassischen Formularprozeß und ähnelte in vielen Beziehungen dem heutigen Verfahren. Für die Zeit Justinians kann man wohl behaupten, daß jeder actio eine besondere obligatio entsprach, so daß zu dieser Zeit geradezu eine Gleichsetzung von actio und obligatio möglich war. Eine actio war nun jedes (materiell zu begründende) Forderungsrecht. (Heffter a. a. O.)

---

[1]) Heffter, Zivilprozeßrecht § 120.

Sobald an die Stelle der innigen Vermischung von Privatrecht und Zivilprozeß, die im alten Rom herrschte, eine immer schärfere Scheidung dieser beiden Gebiete trat, mußten die eigentlichen Aktionen verschwinden; denn die privatrechtlichen und prozessualen Elemente der „actio“ auseinanderreißen konnte man nur, indem man ihr Wesen vernichtete.

Nachdem noch im gemeinen Recht die Aktionen über Gebühr gefeiert worden waren, brach das Bürgerliche Gesetzbuch, wie die Motive[2]) hervorheben, endlich völlig mit dem veralteten Aktionensystem. Da aber die Lücke ausgefüllt werden mußte, so setzte man an die Stelle des privatrechtlichen Elements der actio den schon seit Windscheids „Actio“ eingebürgerten Ausdruck „Anspruch“, allerdings nicht ganz im Windscheidschen Sinne. Man gab sogar in § 194 BGB. eine Legaldefinition des „Anspruchs“, die allerdings nur Unklarheit und Meinungsverschiedenheiten zur Folge hatte, während man über den Begriff des im Gesetz nicht definierten „Anspruchs“ der Zivilprozeßordnung einig ist.

b) Sein Inhalt.

§ 17.

Unter „Anspruch“ im Sinne der Zivilprozeßordnung versteht man in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauche das aktuelle Ansprechen, ein dem Gerichte gegenüber ausgesprochenes Verlangen ohne Rücksicht auf die Befugnis zu diesem Verlangen, also kurz das „Klagebegehren“ (Schott[1])) oder „Urteilsbegehren“ (Hellwig[2])).

---

[2]) Mot. Bd. 1 S. 357.

[1]) Schott, Röm. Zivilprozeß S. 78.

[2]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 156.

Daß § 194 BGB. diesen Anspruch mit seiner Definition nicht meint, heben die Motive[3]) hervor. Was aber gemeint ist, das zu ergründen, bleibt der Wissenschaft überlassen. Und da finden sich nun die verschiedensten Ansichten:

Am weitesten geht Hellwig[4]), der behauptet, der „Anspruch" des Bürgerlichen Gesetzbuches decke sich mit dem der Zivilprozeßordnung. Doch tritt er damit nicht allein in Widerspruch zu den Motiven (a. a. O.), sondern auch wohl zu der gesamten übrigen Literatur. Allerdings hat früher auch Leonhard[5]) die Ansicht vertreten, der Anspruchsbegriff der Zivilprozeßordnung sei nicht weiter als der des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Aber in seinem „Allgemeinen Teil"[6]) modifiziert er offenbar diese Ansicht.

Da im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst in einer Reihe von Fällen „Anspruch" i. S. der Zivilprozeßordnung gebraucht ist (vgl. Fischer bei Fischer-Henle[7])), so wird man, wie es Leonhard (a. a. O.) verlangt, in jedem einzelnen Falle zu prüfen haben. Aber an der grundsätzlichen Unterscheidung muß doch festgehalten werden.

Nicht so vereinzelt steht Hellwig[8]) da, wenn er auch bei absoluten Rechten von vornherein Ansprüche annimmt. Er handelt damit ganz in Windscheids[9]) Sinne. Langheineken[10]) vertritt denselben Standpunkt. Aber die Worte „von einem anderen" und „etwas" lassen sich mit dieser Auffassung kaum vereinigen. (Vgl. auch dagegen Fischer[11]), Leonhard[12]), Planck[13]), Kuhlenbeck[14]), Staudinger[15]), Enneccerus[16]), Matthiaß[17]).)

---

[3]) Mot. Bd. 1 S. 291.
[4]) Hellwig a. a. O. S. 5 Anm. 15.
[5]) Leonhard, Der Anspruchsbegriff a. a. O. S. 341.
[6]) Leonhard, Der Allgem. Teil S. 196.
[7]) Fischer bei Fischer-Henle Anm. 1 zu § 194 a. E.
[8]) Hellwig, Anspruch S. 7 Anm. 24, Lehrb. Bd. 1 § 31.
[9]) Windscheid, Aktio, z. B. S. 5, Pand. Bd. 1 § 43.
[10]) Langheineken, Anspruch und Einrede S. 8ff.
[11]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 72.

Ob man den zivilrechtlichen „Anspruch“ mit „Forderung“ identifizieren soll, wie es Fischer[18]) empfahl und Hellwig[19]) auch tut, während die übrige Literatur sich größtenteils ablehnend verhält — meist mit der Begründung, das Bürgerliche Gesetzbuch selbst unterscheide durch seine Definitionen den Anspruch von der Forderung (vgl. Dernburg[20]) —, ist, wie Enneccerus[21]) hervorhebt, „im Grunde eine terminologische Frage“, die bei dem hier zu behandelnden Thema völlig ausgeschieden werden kann.

Die Meinung, es gebe nur klagbare Ansprüche — vertreten z. B. von Kipp[22]), Hölder[23]) und, wie es scheint, auch v. Tuhr[24]) —, kann sich mit einiger Berechtigung auf die Stellung der Anspruchsdefinition bei der Verjährung berufen; denn die Klagbarkeit ist ja gerade das, was beim Anspruch verjährt. Aber aus den Motiven[25]) geht hervor, daß in § 194 BGB. mit dem verjährenden Anspruche nur ein Anspruch im engeren Sinne gemeint ist, so daß die Definition eigentlich gar nicht an der richtigen Stelle steht. (Vgl. auch Fischer[26]).)

M. E. hindert nichts daran, alle relativen Rechte als Ansprüche zu bezeichnen. (So auch Matthiaß[27]).) Nun

---

[18]) Leonhard, Anspruchsbegriff S. 340, Allgem. Teil § 56.
[19]) Planck, Bürgerl. R. Vorbem. VII zu Bd. 1.
[20]) Kuhlenbeck, Von den Pand. S. 353f.
[21]) Staudinger Bd. 1 zu § 194.
[22]) Enneccerus Bd. 1, 1 § 203.
[23]) Matthiaß, Bürgerl. R. § 16 III.
[24]) Fischer a. a. O. S. 89ff.
[25]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 5.
[26]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 § 42.
[27]) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 1 S. 527 Anm. 8.
[28]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 43, unter Ziff. 2.
[29]) Hölder, Anspruch und Klagerecht a. a. O. S. 51 u. 57.
[30]) v. Tuhr, Allgem. Teil S. 240f.
[31]) Mot. Bd. 1 S. 291.
[32]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 77.
[33]) Matthiaß, Bürgerl. R. § 16 III A.

sind zwar nur relative Rechte, also solche, denen von vornherein die Verpflichtung einer bestimmten Person entspricht — im Gegensatze zu den absoluten Rechten —, aber andererseits doch nicht alle relativen Rechte klagbar. Gegen meinen Darlehensschuldner habe ich von Anfang an einen Anspruch, ein relatives Recht. Das folgt schon aus § 607 Abs. 1 BGB.: er „ist verpflichtet . . . zurückzuerstatten". Aber der Anspruch richtet sich in die Zukunft und wird regelmäßig erst mit der Fälligkeit des Darlehens klagbar.

Das ist gerade der auffallendste Unterschied zwischen der actio des römischen Rechts und unserem Anspruch, daß die actio ihrer Natur nach klagbar war, der Anspruch dagegen nicht notwendigerweise klagbar zu sein braucht. Dieser Auffassung verleiht auch Leonhard in seinem „Allgemeinen Teil"[28]) Ausdruck: „Der Anspruch . . . umfaßt jedes Recht gegen einen bestimmten Verpflichteten . . . ohne Rücksicht auf Klagbarkeit". „. . . so liegt der Unterschied zwischen actio und Anspruch lediglich in der Klagbarkeit der ersteren." — Allerdings macht er kurz darauf (S. 195) eine Bemerkung, die mit der ersten Äußerung nicht recht in Einklang zu bringen ist, nämlich: „Klagbarkeit der Ansprüche war in Rom nicht so selbstverständlich wie heutzutage".

Da nun aber für die Anspruchskonkurrenz nur die klagbaren Ansprüche von Bedeutung sind, so soll in den folgenden Ausführungen der „Anspruch" angesehen werden als „besonderes, aus dem absoluten Rechte abgeleitetes oder mit dem relativen identisches Recht" (Matthiaß[29])), und zwar im Sinne einer Befugnis zum Klagebegehren.

Es ist nun zu untersuchen, ob man im heutigen Recht von einer Anspruchskonkurrenz sprechen kann in demselben Sinne, in dem die Quellen von Aktionenkonkurrenz sprechen,

---

[28]) Leonhard, Der Allgem. Teil § 55 S. 193f.

[29]) Matthiaß, Bürgerl. R. § 16 III A.

d. h. ob es heut Fälle gibt, in denen verschiedene zwischen denselben Personen bestehende und auf dasselbe wirtschaftliche Interesse gerichtete Ansprüche konkurrieren.

Zweites Kapitel.

Konkurrenz von Ansprüchen.

a) Festlegung des Begriffs mit Rücksicht auf den concursus actionum.

§ 18.

Weder in der Zivilprozeßordnung noch im Bürgerlichen Gesetzbuch ist das Wort „Anspruchskonkurrenz" oder auch nur ein dasselbe bezeichnender Begriff zu finden, und zwar, wie die Motive[1]) begründen, weil das hauptsächlich eine Frage der Wissenschaft sei. Zugegeben ist damit, daß es — wie in Rom einen concursus actionum — heut eine Konkurrenz von Ansprüchen gibt. Sie unterscheidet sich aber von der Aktionenkonkurrenz in wesentlichen Punkten. Zunächst scheiden für die Anspruchskonkurrenz grundsätzlich die — oben unter § 10 behandelten — Fälle aus, wo ex una obligatione plures actiones nascuntur; denn jedem Anspruche entspricht im heutigen Rechte eine eigene Obligation. — Daran ändert auch § 260 ZPO. nichts, aus dem hervorzugehen scheint, daß auch mehrere Ansprüche auf demselben Grunde beruhen könnten. Gemeint sind nämlich hier Ansprüche der Zivilprozeßordnung, also ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Grundlage. (Vgl. auch Peters[2]).) — Unter Obligation ist auch hier wieder das auf einheitlichem Verpflichtungsakte beruhende Gesamtrechtsverhältnis zu verstehen. Solche Obligationen gibt es auch auf dem Gebiete des Sachenrechts, z. B. infolge Beeinträchtigung des Eigentums. Trotz Einheit der verpflichtenden Handlung

[1]) Mot. Bd. 1 S. 278.

[2]) Peters, Klagenkonkurrenz S. 70.

kann eine Mehrheit von Obligationen und damit von Ansprüchen entstehen. Wer eine entliehene Sache beschädigt, verwirklicht durch dieselbe Handlung sowohl den Tatbestand der Vertragsverletzung als auch den der Eigentumsverletzung, begründet also zwei Obligationen und somit zwei Ansprüche.

Liegt dagegen nur eine einzige Obligation vor, so kann höchstens eine Konkurrenz von Begründungsmöglichkeiten in Frage kommen, die für das materielle Recht bedeutungslos ist und erst bei der Darlegung der prozessualen Regelung Berücksichtigung finden wird. Leonhard[3]) betrachtet sämtliche Fälle der sogen. elektiven Konkurrenz unter dem letzteren Gesichtspunkte. (Vgl. auch O. Chr. Fischer[4]).)

Auch Hellwig[5]) scheidet aus dem Gebiete der Anspruchskonkurrenz die bloße Begründungskonkurrenz (als „Gesetzeskonkurrenz") aus, erweitert aber dann für das heutige Recht den Begriff der Anspruchskonkurrenz derartig, daß er fast mit der Klagenhäufung zusammenfällt, indem er, ausdrücklich von den römischen Quellen abweichend,[6]) auch eine subjektive Konkurrenz annimmt, die Streitgenossenschaft der Zivilprozeßordnung, und die objektive Konkurrenz (also bei Identität der Subjekte) wieder zerlegt in „einfache" und „alternative" Anspruchskonkurrenz, wobei erstere eine Mehrheit von Ansprüchen auf dieselbe Leistung bedeutet, letztere Ansprüche auf verschiedene Leistungen umfaßt, die aber dasselbe wirtschaftliche Interesse befriedigen sollen, in welchem Falle Wahl entscheidet.[7])

Im allgemeinen wird unter Anspruchskonkurrenz ein engerer Begriff verstanden. Man bezeichnet mit „Anspruchskonkurrenz" nur Hellwigs „einfache Konkurrenz".

---

[3]) Leonhard, Allgem. Teil S. 198.
[4]) O. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts S. 106 f.
[5]) Hellwig, System § 118 Anm. 13.
[6]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 261 Anm. 23.
[7]) Hellwig, System § 118.

— Oertmann[8]) nennt sie „elektive Konkurrenz"; Langheineken[9]) schlägt statt dessen „Idealkonkurrenz" vor — also das Vorliegen mehrerer Ansprüche, die „dasselbe Ziel" (Staudinger[10])), „gleichen wirtschaftlichen Zweck" (Langheineken[11])), „denselben Gegenstand" (Landsberg[12])), „identische Leistung" bezw. „Leistungsidentität" (Dernburg-Sokolowski[13]) und Last[14])), „dieselbe Leistung" (Kipp[15]) und v. Tuhr[16])) erstreben, wobei alle Autoren Identität der Personen voraussetzen, Last wenigstens für seine „Anspruchkonkurrenz" im engeren Sinne.

Die Fassung „identische Leistung" ist m. E. für das heutige Recht nicht zu beanstanden. — Diesen Unterschied der Anspruchskonkurrenz von der Aktionenkonkurrenz scheint auch Kipp[17]) zu statuieren, der für erstere „dieselbe Leistung" als Ziel der Ansprüche verlangt, während bei actiones concurrentes „der durch sie zu erreichende Zweck derselbe" sein soll. — Bei der Aktionenkonkurrenz handelte es sich nur um Identität des wirtschaftlichen Erfolges. Eine identische Leistung konnte nur dann in Frage kommen, wenn es sich um Schadensersatz oder Herausgabe einer Sache handelte. Wenn dagegen z. B. zwei actiones mere poenales konkurrierten oder eine actio mere poenalis mit einer actio mixta, so handelte es sich um zwei verschiedene Privatstrafen. Die Privatstrafen aber sind dem heutigen Rechte unbekannt.

---

[8]) Oertmann, Schuldverh. § 340 Nr. 3.
[9]) Langheineken, Anspruch S. 140.
[10]) Staudinger Bd. 1 zu § 94 Anm. 10.
[11]) Langheineken a. a. O.
[12]) Landsberg, Das Recht des BGB. Bd. 1 § 19.
[13]) Dernburg-Sokolowski Bd. 1 § 125 Anm. 3.
[14]) Last, Anspruchskonkurrenz S. 9.
[15]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 § 121 Ziff. 4 Abs. 3.
[16]) v. Tuhr, Der Allgem. Teil S. 282.
[17]) Kipp a. a. O.

Nun kann es allerdings auch im heutigen Rechte vorkommen, daß zwei Ansprüche zusammentreffen, die sich in bezug auf ihren Umfang unterscheiden, z. B. der Anspruch aus der Miete auf Rückgabe und der Eigentumsanspruch, der ja an sich zugleich auf Anerkennung des Eigentums geht. Aber bei diesem Zusammentreffen liegt es ja gar nicht in der Absicht des Klägers, alle Funktionen des Eigentumsanspruchs auszunützen. Er will nur die vermietete Sache wiedererlangen und macht insoweit den Eigentumsanspruch geltend. Liegt der Fall ausnahmsweise einmal so, daß der Kläger den weitergehenden Anspruch im vollen Umfange geltend machen will, so handelt es sich um Konkurrenz nur bis zur Höhe des niedrigeren Anspruchs. So weit wird aber auch dieselbe Leistung verlangt.

b) Abgrenzung für das heutige Recht.

§ 19.

Ob man den Begriff der Anspruchskonkurrenz so weit ausdehnen will, wie es Hellwig[1]) tut, ist allerdings für das heutige Recht, da die Gesetze eine Definition nicht geben, nur „eine methodische und systematische Frage". Von einer Bedeutung des römischen concursus actionum kann aber nur bezüglich der sogen. „einfachen Konkurrenz" Hellwigs, der sogen. „elektiven Konkurrenz des gemeinen Rechts, die Rede sein; denn nur diese entspricht, wie in den obigen Ausführungen nachgewiesen worden ist, der quellenmäßigen Aktionenkonkurrenz.

Nicht aufzunehmen in unseren Begriff der Anspruchskonkurrenz sind also die Fälle der Streitgenossenschaft, weil es hier an Identität der Subjekte fehlt, ferner Hellwigs „alternative Konkurrenz", umfassend verschiedene

---

[1]) Hellwig, System § 118.

Ansprüche, die zwar dasselbe „wirtschaftliche Interesse“ befriedigen sollen, aber nicht einmal auf Herbeiführung desselben „wirtschaftlichen Erfolges“, geschweige denn auf Leistungsidentität gerichtet sind. Das zeigt deutlich das von Hellwig angeführte Beispiel: § 463 BGB. Wandelung und Minderung können zwar dasselbe wirtschaftliche Interesse des Klägers befriedigen; denselben wirtschaftlichen Erfolg führen sie sicher nicht herbei, die eine beseitigt den Kauf, die andere hält ihn aufrecht.

Beiseite zu lassen sind schließlich die Fälle der lex generalis bei vorhandener lex specialis; denn lex specialis derogat legi generali. (Vgl. auch Enneccerus[2]).)

Anspruchskonkurrenz in unserem Sinne ist also zu definieren als das Bestehen mehrerer auf dieselbe Leistung gerichteter Ansprüche zwischen denselben Personen. — Allerdings muß „dieselbe Leistung“ hier auch im wirtschaftlichen Sinne verstanden werden; denn streng juristisch ist es ja nicht dieselbe Leistung, wenn die modifizierte Obligation erfüllt oder ohne Rücksicht auf eine Obligation der Schaden ersetzt wird.

Diese Anspruchskonkurrenz kann man m. E. nicht, wie es Leonhard[3]) tut, vollkommen dem Prozeßrechte zuschieben. Denn wenn auch die Natur der sogen. elektiven Konkurrenz sich geändert hat und die Anspruchsmehrheit in der Regel nur in der Begründung zum Ausdruck kommt, so muß doch der Richter wissen, in welchem Verhältnis die verschiedenen Gründe zueinander stehen. Wenn z. B. aus dem materiellen Rechte folgt, daß ein Vertragsanspruch mit einem Deliktsanspruch nicht konkurrieren kann, so müßte, falls der Vertragsanspruch aus irgendeinem Grunde nicht durchgeführt werden kann — z. B. weil er nach § 196 BGB. verjährt ist —, die Klage abgewiesen werden,

---

[2]) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 1, 1 § 209 III Anm. 3.
[3]) Leonhard, Allgem. Teil S. 198.

während sie im anderen Falle noch durch den Deliktsanspruch gestützt würde. — Leonhards Auffassung ergibt sich nun allerdings mit Notwendigkeit daraus, daß er für das heutige Recht nur Begründungskonkurrenz annimmt. Für das gemeine Recht war Kleinschrod[4]) gerade entgegengesetzter Ansicht, nämlich der, daß die „prozessualische Behandlung nur von historischem Interesse" sei und die Regeln für die „Konkurrenz der Klagen" in das Zivilrecht gehörten.

Zweiter Abschnitt.

Die Regelung der Anspruchskonkurrenz.

Erstes Kapitel.

Materiellrechtliche Regelung.

a) Das Prinzip.

§ 20.

Die materiellrechtliche Regelung der Anspruchskonkurrenz folgt aus der oben aufgestellten Definition der Anspruchskonkurrenz eigentlich von selbst. Der Satz: „Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur" gilt heut wie in Rom, ja sogar heut in noch höherem Maße, da es sich heut nicht nur um denselben wirtschaftlichen Erfolg, sondern um eine identische Leistung handelt.

Solange eine Befriedigung noch nicht erfolgt ist, kann — da der heutigen Klageerhebung die Wirkungen der römischen Litiskontestation nur in sehr beschränktem Umfange zukommen (vgl. z. B. §§ 263, 267 ZPO.), allerdings mehrmals dasselbe gefordert werden. Darin besteht ja gerade das Wesen der Anspruchskonkurrenz. Aber sobald der eine Anspruch befriedigt ist, sind die kon-

[4]) Kleinschrod, Konkurrenz S. 46.

kurrierenden Ansprüche erloschen. Eine identische Leistung kann ihrem Begriffe nach nicht zweimal gemacht werden.

Bezweckt der eine Anspruch einen quantitativ höheren Erfolg, als der andere, so kann — wie in Rom — eine Nachforderung in Frage kommen; denn der Mehrbetrag fällt ja aus dem Rahmen der Konkurrenz heraus. (Vgl. auch Enneccerus[1]).)

Daß die Regelung heut nur so und nicht anders sein kann, wird allgemein zugegeben, kann ja auch im Ernste gar nicht bestritten werden. Die Frage, auf die es ankommt, ist vielmehr die, wann überhaupt Anspruchskonkurrenz vorliegen kann.

Zweifellos kann eine Konkurrenz nicht nur bei Ansprüchen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern auch bloßen Rechtsbehauptungen, also Ansprüchen im Sinne der Zivilprozeßordnung vorkommen. Der letztere Fall regelt sich aber während des Prozesses allein so, daß schließlich entweder ein einziger Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches oder eine Konkurrenz solcher Ansprüche übrigbleibt. Erst diese sind für die rechtliche Regelung von Interesse als Fälle, in denen, wie Kipp sich ausdrückt, „zwei typisch verschiedene anspruchsbegründende Tatbestände zusammentreffen, die nicht zusammenzutreffen brauchen".[2])

b) Die Fälle der Anspruchskonkurrenz.

aa) Im allgemeinen.

§ 21.

Konkurrieren können zunächst dingliche Ansprüche: Der besitzende Eigentümer kann gegen den Dieb sowohl

---

[1]) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 1, 1 § 209 III Anm. 4.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. 1 Ziff. 4 zu § 121 Bem. 1 für das BGB.

den Anspruch aus dem Eigentum (§ 985) als auch den aus dem Besitze (§ 861) geltend machen. Ähnlich D. 47, 2, 9, 1: Konkurrenz der rei vindicatio mit der condictio furtiva, die ja bei beweglichen Sachen für das interdictum unde vi aushelfen mußte.

Konkurrenz eines dinglichen Anspruchs mit einem obligatorischen liegt z. B. vor, wenn der Vermieter die ihm gehörende Sache nach Beendigung der Mietzeit unter Hinweis auf §§ 556 u. 985 zurückverlangt. Ein Beispiel für eine derartige Konkurrenz in Rom bietet D. 17, 2, 47 pr.: actio pro socio und condictio furtiva; da ja auch hier die condictio furtiva als Besitzklage betrachtet werden kann. Der Kläger hat Mitbesitz.

Weiter können konkurrieren Ansprüche aus Verträgen unter sich: So kann der Deponent die Sache, die er dem Depositar zugleich geliehen hat, sowohl aus dem Verwahrungsvertrage (§ 695) als auch aus der Leihe (§ 604) zurückfordern. Ein anderes Beispiel gibt Hellwig[1]): Konkurrenz der Ansprüche aus Darlehenshingabe (§ 607) und Schuldanerkenntnis (§ 781). (Vgl. für die Konkurrenz von actiones ex contractu in Rom z. B. D. 19, 1, 28: pactum adiectum und stipulatio.)

Der Verleiher kann neben dem Anspruch aus der Leihe wegen des Besitzes auch einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812) geltend machen. Ähnlicher Fall in Rom: D. 17, 1, 47: actio pro socio und condictio furtiva.

Auch eine Konkurrenz von Deliktsansprüchen läßt sich denken (vgl. D. 47, 1, 2, 2: actio vi bonorum raptorum und actio legis Aquiliae): Man denke an folgenden Fall: Eine Katze springt von einem Baume auf das Dach des ihrem Herrn gehörenden Hauses, und zwar auf einen lockeren Dachziegel, der dadurch ins Rutschen kommt. Ein

---

[1]) Hellwig, System S. 321.

durch den herabfallenden Ziegel verletzter Passant kann unter Umständen sowohl einen Anspruch aus § 836 BGB. haben als auch aus § 833, da ja eine mittelbare Einwirkung des Tieres auf den Körper des Verletzten genügt (vgl. RG. Bd. 50 S. 221) und der zweite Teil des § 833 gar nicht in Betracht kommt. Es handelt sich um zwei Ansprüche; denn der Tierhalter und der Eigenbesitzer des Grundstücks brauchen nicht identisch zu sein. Nur bei Identität liegt allerdings Konkurrenz vor. Aber trotzdem sind zwei Ansprüche gegeben. Der Fall ist analog dem oben angeführten, wo dieselbe Person zugleich Deponent und Kommodant ist.

Eine Konkurrenz von § 823 mit § 826, wie sie Peters[2]) für möglich hält, ist dagegen m. E. ausgeschlossen. In dem von Peters gegebenen Beispiele: „Jemand verletzt in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich das Eigentum eines anderen" kann man eine Mehrheit von Verpflichtungsverhältnissen, wie sie zur Anspruchskonkurrenz erforderlich ist, beim besten Willen nicht entdecken. Vielmehr handelt es sich hier um einen Fall bloßer Begründungskonkurrenz. (Vgl. auch Hellwig[3]).)

Bezüglich der bisherigen Ausführungen herrscht in der Literatur im allgemeinen Übereinstimmung. Nicht unbedeutend ist dagegen die Zahl derer, die behaupten, Konkurrenz eines Vertragsanspruchs mit einem Deliktsanspruche könne es heutzutage nicht geben. Daß in Rom eine derartige Konkurrenz möglich war, ist oben an vielen Beispielen gezeigt worden. (Siehe auch Eisele[4]) und Pernice[5]).) In Betracht als actio poenalis kam vor allem die actio legis Aquiliae (vgl. vor allem D. 44, 7, 34, 2: Konkurrenz der actio legis Aquiliae mit der actio locati), aber

[2]) Peters, Klagenkonkurrenz S. 56.
[3]) Hellwig, System § 118 Anm. 13.
[4]) Eisele im Arch. Bd. 79 S. 332.
[5]) Pernice, Sachbeschädigungen S. 78.

auch die condictio furtiva (vgl. eod. pr. §§ 1 u. 2: condictio furtiva mit actio commodati und actio locati).

Im folgenden sollen die Gründe geprüft werden, die für und wider die Möglichkeit einer derartigen Konkurrenz im heutigen Recht sprechen.

bb) Konkurrenz von Vertragsansprüchen mit Deliktsansprüchen.

I. Einfache Vertragsverletzung.

§ 22.

Die Frage, ob die bloße Verletzung des Vertrages an sich schon eine unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823ff. BGB. darstellt, hängt aufs engste zusammen mit der Frage nach dem Anwendungsgebiet des § 823.

Es kommt zunächst darauf an, was man unter einem „sonstigen Recht" in Abs. 1 und einem „Schutzgesetz" in Abs. 2 des § 823 zu verstehen hat.

Das eine gilt wohl jetzt als anerkannt, daß „sonstiges Recht" sich nur auf das vorangehende „Eigentum" beziehen läßt. „Körper" und „Gesundheit" kann man wohl als rechtlich geschützte Güter, keinesfalls aber als Rechte bezeichnen.

Damit ist nun aber noch keineswegs der zwingende Nachweis geführt, daß ein „sonstiges Recht" nur ein absolutes, nicht auch ein relatives Recht sein könnte. Aus dem bloßen Wortlaut des Gesetzes läßt sich dieser Schluß nicht ziehen. O. Chr. Fischer[1]) weist eingehend nach, daß die Terminologie des Gesetzbuches einer Subsumtion der Forderungsrechte unter § 823 Abs. 1 nicht im Wege stehe, und daß die Ansicht des Reichsgerichts[2]): Wenn Anwendbarkeit auch auf obligatorische Rechte beabsichtigt worden

[1]) O. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts S. 70ff.
[2]) RG. Bd. 57 S. 353ff.

wäre, würde dies besonders zum Ausdruck gebracht worden sein, im Hinblick auf §§ 365, 413, 437 kaum haltbar sei.

Wenn man mit Fischer[3]) „nur das losgelöst von jeder menschlichen Persönlichkeit in die Erscheinung tretende Wort des Gesetzes als bindend betrachtet", muß man zu dem obigen Resultate kommen. (So vor allem Enneccerus[4]), Cosack[5]) gegen die herrschende Meinung, vor allem das Reichsgericht[6]), Eck-Leonhard[7]) und viele andere.)

Nun ist das aber in Wahrheit nur eine theoretische Frage; denn auch die Verfechter der Ansicht, daß § 823 Abs. 1 die relativen Rechte umfasse, geben zu, daß in praxi die Forderungsrechte wieder aus § 823 Abs. 1 ausscheiden müßten, da gerade diese Fälle vom Gesetze besonders geregelt seien, also gemäß dem Grundsatze lex specialis derogat legi generali. (Vgl. Cosack a. a. O.; Enneccerus a. a. O.; Fischer[8]).)

Daß man mit § 823 Abs. 1 nur die absoluten Rechte treffen wollte, beweisen verschiedene Bemerkungen in den Motiven (z. B. Bd. 3 S. 392: „... nur absolute Rechte durch Delikte verletzbar", Bd. 2 S. 727) und Protokollen (z. B. Bd. 2 S. 572).

Was nun § 823 Abs. 2 betrifft, so muß man im allgemeinen dasselbe sagen. An sich hindert nichts daran, die Vertragsregelungen als Schutzgesetze zu bezeichnen und infolgedessen dem Gläubiger, dessen Forderungsrecht verletzt ist, schon aus diesem Grunde den Schutz von § 823 Abs. 2 angedeihen zu lassen. Aber auch hier muß die lex generalis der Spezialbestimmung weichen.

---

[3]) Fischer-Henle, Einleitung S. XXVII.
[4]) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 1, 2 § 451 I, 1 d.
[5]) Cosack Bd. 1 § 163 I, 1 a.
[6]) RG. Bd. 57 S. 353, Bd. 59 S. 327 u. 357.
[7]) Eck-Leonhard, Vorträge S. 601.
[8]) O. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts S. 89.

Als Resultat ergibt sich demnach: Bloße Vertragsverletzung ist an sich noch kein privatrechtliches Delikt. (Vgl. auch Dernburg[9]), v. Liszt[10]), Endemann[11]), Reichsgericht.[12]).)

Ebenso anerkannt wie dieser Satz ist andererseits wohl der: Eine aus dem Rahmen der Vertragshandlungen herausfallende und mit dem Vertrage in keinem inneren Zusammenhange stehende Handlung kann nicht deshalb, weil die Grundlage oder Gelegenheit des Handelns ein Vertrag bildet, dessen Vorschriften im gegebenen Falle nicht anwendbar sind, von der Schadensersatzpflicht befreit sein. (Vgl. z. B. Kipp[13]).) Wenn der Käufer mit dem eben gekauften Spazierstock aus Unvorsichtigkeit die Ladentür einstößt, so kann ein Anspruch aus unerlaubter Handlung gegen ihn geltend gemacht werden. (Andere Beispiele bei Endemann[14]) und Hellwig[15]).)

II. Qualifizierte Vertragsverletzung.

1. Die verschiedenen Ansichten.

§ 23.

Wenn die Möglichkeit besteht, daß eine unerlaubte Handlung sich zugleich als Verletzung von Vertragsvorschriften darstellt, ein Vertragsbruch, abgesehen von der Vertragspflicht, ein privatrechtliches Delikt bilden kann, so würden bei Eintritt dieser Möglichkeit konkurrierende Ansprüche entstehen.

---

[9]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 64 II, 1 und § 382, 2.
[10]) v. Liszt, DelObl. S. 11.
[11]) Endemann, Bürgerl. R. § 200, 1a.
[12]) RG. Bd. 67 S. 185.
[13]) Windscheid-Kipp Bd. 2 Vorbem. 1e vor § 451.
[14]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 § 84.
[15]) Hellwig, System § 118 II, 3b.

Die Möglichkeit wird aber von verschiedenen Seiten verneint. Man will den Grundsatz: Lex specialis derogat legi generali, konsequent durchführen und scheidet dementsprechend ganz richtig die schädigenden Handlungen, die mit dem Vertrag im inneren Zusammenhange stehen, von denen, die nur in einem losen Verhältnis zum Vertrage stehen. Auf die ersteren soll nur das Vertragsrecht, auf die letzteren nur das Deliktsrecht zur Anwendung kommen, so daß also eine Konkurrenz verschiedenartiger Ansprüche ausgeschlossen wäre. (So z. B. Hellwig[1]) mit der Begründung, eine Konkurrenz führe „zu unlösbaren Widersprüchen", Cosack[2]) und Endemann[3]).)

Hier liegt aber m. E. der Fehler. Es werden die qualifizierten Vertragsverletzungen, d. h. solche, die auch als Delikte beurteilt werden können, mit den einfachen, die nur als Vertragsverletzungen, nicht als Delikte anzusehen sind, zusammengeworfen und beide streng von den Delikten getrennt. Bei einem solchen Vorgehen kommt man zu so gewaltsamen Subsumtionen wie Endemann[4]) mit seinem Beispiele von dem A, der an B ein Pferd vermietet, von dem er weiß, daß es mit B durchgehen wird. Daß A hier ein Delikt begeht, gibt Endemann zu, will aber nun den A auch nur wegen unerlaubter Handlung haften lassen. Weshalb der Akt des Vermietens, der doch zweifellos eine Vertragshandlung ist, nicht mit mindestens demselben Rechte vertragliche Haftung herbeiführen soll, ist mir unerfindlich.

Folgerichtiger scheint mir die andere Auffassung: Wenn durch eine Handlung ein Vertragsverhältnis verletzt wird und, abgesehen davon, auch die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Delikts gegeben sind, so sind eben

[1]) Hellwig, System § 118 II, 3 b.
[2]) Cosack, Bürgerl. R. Bd. 1 § 164 I, 1.
[3]) Endemann, Bürgerl. R. § 84.
[4]) Endemann a. a. O. § 200 Anm. 12.

zwei Tatbestände verwirklicht, zwei Obligationen und folglich auch zwei Ansprüche geschaffen, ein Vertragsanspruch und ein Deliktsanspruch, die zwischen denselben Personen auf dieselbe Leistung gerichtet sind und folglich konkurrieren. Es treffen „zwei Tatbestände zusammen, die nicht zusammenzutreffen brauchten". (Kipp[5].) — Der Fall liegt dann ähnlich wie in D. 44, 7, 34, 1 u. 2.

Daß der Tatbestand eines Delikts zugleich die Verletzung einer Vertragsverpflichtung enthalten kann und umgekehrt — der Mieter, der seine Wohnung außergewöhnlich abnutzt, zugleich das Eigentum eines anderen mindestens fahrlässig verletzt —, ist doch kaum bestreitbar. Das geben sogar die Autoren zu, die die Möglichkeit einer Konkurrenz leugnen, z. B. Endemann.[6]) Auch aus Cosacks[7]) Worten muß man das schließen, wenn er sogar der Ansicht ist, daß die bloße „Verletzung eines Forderungsrechts sehr wohl ein gewöhnliches Delikt" sein kann. Und auch Hellwig[8]) ist offenbar dieser Meinung. (Vgl. auch Enneccerus[9]), O. Chr. Fischer[10]), Ebert[11]), v. Liszt[12]), Dernburg[13]), Planck[14]), Staudinger[15]), Crome[16]), OLG. Bamberg[17]).)

---

[5]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 121 zu Ziff. 4 Bem. 1 für das BGB.

[6]) Endemann a. a. O. § 200, 1b.

[7]) Cosack a. a. O.

[8]) Hellwig, System § 118 II, 3b.

[9]) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 1, 2 § 449 II.

[10]) O. Chr. Fischer a. a. O. S. 92.

[11]) Ebert bei Fischer-Henle Anm. 8 zu § 823.

[12]) v. Liszt a. a. O. S. 12.

[13]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 64 II, 2.

[14]) Planck, Vorbem. II zum 25. Titel.

[15]) Staudinger Bd. 1 Anm. 10 zu § 194, Bd. 2 Vorbem. III zu § 823.

[16]) Crome, Bürgerl. R. Bd. 1 § 121, 3.

[17]) OLG. Bd. 17 S. 409.

Wenn das aber zugegeben wird, so läßt sich m. E. eine Anspruchskonkurrenz nur dann ablehnen, wenn man, wie z. B. Leonhard[18]), für das heutige Recht in jedem Falle unserer Anspruchskonkurrenz nur einen Anspruch mit nur mehrfacher Begründungsmöglichkeit annimmt. Dieser Auffassung kann man aber m. E. schon aus folgendem Grunde nicht beitreten: Wenn in dem oben angeführten Beispiele von dem Mieter, der seine Wohnung außergewöhnlich abnutzt, der Eigentümer des Grundstücks nicht mit dem Vermieter identisch ist, so liegt zwar keine Anspruchskonkurrenz in unserem Sinne vor; aber es sind doch unbestreitbar zwei Ansprüche gegeben, die in gesonderten Prozessen geltend gemacht werden können. Vereinigt sich nun die Rolle des Eigentümers und des Vermieters in einer Person, so wäre es doch eine dem Gesetze nicht zuzutrauende Härte, wenn der Kläger, der im Prozeß — vielleicht aus Rücksicht gegen den Beklagten — sich nur auf einen Grund stützt und abgewiesen wird, damit den anderen Grund, mit dem er vielleicht durchgedrungen wäre, auch eingebüßt haben sollte, wie das bei Annahme bloßer Begründungskonkurrenz die unausbleibliche Folge wäre. Allerdings kann man mit derartigen Erwägungen allgemeiner Natur allein eine Ansicht nicht verteidigen. Darin ist Endemann[19]) vollkommen recht zu geben. Aber wenn schon andere Gründe vorhanden sind und das Zünglein der Wage schwankt, kann eine solche Erwägung den Ausschlag geben. Die Billigkeit soll doch in jedem Falle entscheiden, wo eine Gesetzesvorschrift sich verschieden auslegen läßt.

M. E. steht, wie in Rom Konkurrenz von actiones ex contractu mit actiones ex delicto sehr wohl möglich war, auch im heutigen Recht einer Konkurrenz von Vertrags-

---

[18]) Leonhard, Allgem. Teil § 55 IV.

[19]) Endemann a. a. O. § 84 Anm. 22 a. E.

und Deliktsansprüchen nichts im Wege. Allerdings ist wieder hervorzuheben, daß sich die Fälle des römischen concursus actionum und der heutigen Anspruchskonkurrenz — auch abgesehen von dem Unterschiede zwischen actio und Anspruch — keineswegs decken. In Rom waren „ex una obligatione plures actiones“ möglich. Heut muß jedem Anspruch eine besondere Obligation entsprechen. In Wirklichkeit ist dieser Unterschied freilich nicht so durchgreifend, wie es auf den ersten Blick scheint. Denn während man heut beim Zusammentreffen eines Kontrakts mit einem Delikt — wenigstens nach der hier vertretenen Auffassung — in der Regel zwei Ansprüche annehmen muß, sah man in Rom, wie schon oben erwähnt, das deliktische Handeln als den einheitlichen — gerade die betreffenden Aktionen im Gefolge habenden — Verpflichtungsakt an.

Die hier verfochtene Auffassung wird auch von der herrschenden Meinung sowohl in der Theorie als auch in der Judikatur vertreten. So z. B. von Enneccerus[20]), Ebert[21]), v. Liszt[22]), Planck[23]), Staudinger[24]), Dernburg[25]), Oertmann[26]), Kipp[27]), außerdem Motive[28]), Reichsgericht[29]), Oberlandesgerichte[30]).

---

[20]) Enneccerus a. a. O. Bd. 1, 1 § 209 III und Bd. 1, 2 § 449 II.

[21]) Ebert bei Fischer-Henle Anm. 8 vor § 823.

[22]) v. Liszt, DelObl. S. 12 f.

[23]) Planck Vorbem. II zu §§ 823 ff.

[24]) Staudinger Bd. 1 Anm. 10 zu § 194, Bd. 2 Vorbem. III zum 25. Titel.

[25]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 64.

[26]) Oertmann, Schuldverh. Vorbem. 5 vor Titel 25.

[27]) Windscheid-Kipp Bd. 2 Vorbem. 1e vor § 451.

[28]) Mot. Bd. 2 S. 747.

[29]) RG. in JurW. 1904 S. 166.

[30]) OLG. Bd. 20 S. 279, Bd. 17 S. 409.

2. Ausgleichung der Gegensätze.

§ 24.

Bei genauerer Prüfung ergibt sich, daß die Gegensätze gar nicht so schroff sind. Auch die Gegner der hier vertretenen Ansicht, d. h. die Autoren, welche eine Konkurrenzmöglichkeit von Vertrags- und Deliktsansprüchen in Abrede stellen, neigen in gewissen Punkten zu der von ihnen bekämpften Ansicht hin.

Hellwig[1]) muß zugeben, daß in § 618 BGB. wegen Heranziehung des Deliktsrechts eine Ausnahme vorliege. Weshalb er nicht Vertrags- und Deliktsansprüche konkurrieren lassen will, ist überhaupt nicht recht einzusehen, gibt er doch zu[2]), daß trotz Identität des äußeren Vorgangs verschiedene Ansprüche entstehen, wenn verschiedene Rechte verletzt werden, so z. B. wenn der Besitzer oder der Vermieter zugleich Eigentümer ist. Warum sollte dann nicht auch, wenn der Deponent zugleich Eigentümer ist und neben der Vertragsverletzung zugleich sein Eigentum verletzt wird, neben dem Vertragsanspruche ein Anspruch aus unerlaubter Handlung entstehen?

Cosack kann man überhaupt kaum noch Gegner nennen. Die Tatbestände in § 823 Abs. 2 und § 826 hält er nämlich sehr wohl für konkurrenzfähig. Nur für § 823 Abs. 1 macht er[3]), ohne nähere Begründung, eine — m. E. willkürliche — Ausnahme. Abs. 1 u. 2 des § 823 sind doch viel zu eng verwandt, als daß man eine so tiefe Kluft zwischen beiden herstellen könnte. Unter Schutzgesetzen versteht die weitaus herrschende Meinung[4]) mit Recht auch die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Für die

---

[1]) Hellwig, System § 118 Anm. 21.
[2]) Hellwig a. a. O. S. 321.
[3]) Cosack Bd. 1 § 163 I, 1a.
[4]) Literatur s. bei Staudinger Bd. 2 Vorbem. III A2c u. d.

entgegengesetzte Auffassung ist ein Grund nicht einzusehen. Daß der Vermieter wegen Verschlechterungen der vermieteten Sache Ersatzansprüche hat (§ 558 Abs. 1), ist doch auch unbedenklich als Schutzgesetz zu bezeichnen, abgesehen von den Schutzgesetzen für Besitz und Eigentum. Somit verletzt auch in dem ersten von Cosack gewählten Beispiele der Mieter, der die Wohnung „schuldhaft erheblich beschädigt", ein Schutzgesetz, und Cosacks Unterscheidung ist gegenstandslos.

Endemann[5]) stellt zwar zunächst den Satz auf: „Indem das Gesetz die Haftung des Leihers (§§ 599, 601 f.) ordnet, bestimmt es abschließend die ihn wegen Beschädigung der geliehenen Sache treffende Haftung . . ., nichts deutet darauf hin, daß dieser Tatbestand zugleich auch von § 823 ergriffen . . ." Diese strikte Ablehnung der Konkurrenzmöglichkeit verklausuliert er aber weiterhin derartig, daß die Ausnahmen fast zur Regel werden.[6]) Wenn er der Meinung ist, der „Mieter, Leiher, Verwahrer usw." hafte für Beschädigungen der „kraft des Schuldverhältnisses" erhaltenen „Sachen des Gläubigers". . . „in erster Linie" aus dem „Vertragsverhältnis"; es könne aber durch die Beschädigung „auch ein zweiter selbständiger Tatbestand", nämlich ein „widerrechtlicher Eingriff" erfüllt werden, so gibt er damit zu, daß — wenn auch in zweiter Linie — neben der Vertragshaftung auch eine Haftung aus unerlaubter Handlung möglich sei. Weiterhin[7]) erkennt er sogar die Möglichkeit „echter Konkurrenz" verschiedener Ansprüche an, wenn durch eine Handlung sowohl die Voraussetzungen eines Delikts als auch die einer Verletzung von Vertragspflichten gegeben werden. Darin stimmen wir also überein.

---

[5]) Endemann Bd. 1 § 84.
[6]) Endemann Bd. 1 § 200 Anm. 10.
[7]) Endemann § 200, 1 b.

Der Unterschied der hier vertretenen Auffassung von der der Gegner liegt wohl im Grunde genommen darin, daß das, was sie als Ausnahme ansehen, hier als Regel betrachtet wird. Ihre Regel aber fügt sich in ihre Ausnahme, d. h. unsere Regel, sehr wohl ein — wie im folgenden noch näher dargelegt werden soll —, ohne daß man — und das bekämpft ja Endemann hauptsächlich — „der Schadenersatzhaftung aus § 823 ein schrankenloses Anwendungsgebiet eigenmächtig eröffnet".[8])

3. Übereinstimmung der heutigen Regelung mit der des römischen Rechts.

§ 25.

Als Ausgangspunkt für die heutige Regelung der Konkurrenz kann der, auch von Endemann (§ 200, 1 b) gebilligte Satz gelten: „Eine Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsansprüchen liegt dann vor, wenn zugleich die Voraussetzungen eines Delikts und einer Vertragsverletzung erfüllt worden sind. Nur darf man dabei keinesfalls so weit gehen wie v. Liszt[1]) und scheinbar auch Langheineken[2]), die in jedem Falle, wo an sich sowohl Vertrags- als auch Deliktsvorschriften anwendbar sind, beide Ansprüche ohne weiteres konkurrieren lassen, sonst kommt man zu der schrankenlosen Anwendung des § 823, die Endemann mit Recht ablehnt. Andererseits darf man aber die Anwendbarkeit des § 823 nicht so eng begrenzen wie Hellwig[3]), der alle Akte, die in den Kreis der Vertragshandlungen fallen, ausschließlich nach Vertragsrecht regeln will. Wenn das Söhnchen des Mieters einer Wohnung seinen Namen in Zimmertüren einmeißelt, so haftet der

[8]) Endemann a. a. O. § 200 Anm. 9.
[1]) v. Liszt, DelObl. S. 13.
[2]) Langheineken, Anspruch und Einrede S. 139.
[3]) Hellwig, System § 118 II, 3 b.

Mieter aus dem Mietvertrage für die Verschlechterung der Wohnung. Sollte man aber daneben die Haftung des Mieters aus § 832 versagen? Das wäre m. E. unbillig und würde einen schlimmeren „Widerspruch“ bedeuten (gegen Hellwig[4])), als wenn man beide Ansprüche konkurrieren ließe. Durch das Vertragsverhältnis wird die Beschädigung der Türen nicht weniger widerrechtlich, abgesehen davon, daß auch die längere Verjährungszeit des Deliktsanspruchs ausgeschlossen werden würde. Wenn dagegen der Mieter der Katze des Vermieters ein Auge ausschlägt, so steht diese Handlung mit dem Vertrage in gar keinem Zusammenhange, und es findet nur Haftung wegen unerlaubter Handlung statt.

Die verschiedene Behandlung der beiden Fälle erklärt sich auch daraus, daß die Deliktsvorschrift — als zum Schutze der Menschheit im allgemeinen gegeben — der Vertragsvorschrift gegenüber subsidiären Charakter hat. Die subsidiäre Vorschrift kann sehr wohl neben die prinzipiale treten, nicht aber umgekehrt.

Die Bestimmung der deliktischen Tatbestände, die mit Vertragsansprüchen Deliktsansprüche konkurrieren lassen können, muß im konkreten Falle notwendigerweise vom Tatbestande der Vertragsverletzung ausgehen. Denn die Vertragsregelung gibt als lex principalis den Ausschlag. (So auch Endemann[5]) und Oertmann[6]), der — wenigstens in der 1. Auflage — den Vertragsanspruch „den prinzipalen“ nennt.)

Ist die vertragliche Haftung, sei es durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien, sei es stillschweigend, durch Nichtaufhebung einer die Haftung vermindernden Gesetzesvorschrift, eingeschränkt, so kann auch nur bis zu dieser

---

[4]) Hellwig, Lehrb. § 37 IV, 4a.
[5]) Endemann § 200 Anm. 12.
[6]) Oertmann, Schuldverh. Ziff. 3 zu § 340.

Haftungsgrenze ein Delikt in Frage kommen. Darin liegt aber m. E. keine Ausnahme, wie v. Liszt[7]) meint, sondern nichts anderes als die Regel. (Vgl. auch Staudinger[8]).) Wenn der Verleiher, der gemäß § 595 nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, leichtfahrlässig durch die entliehene Sache den Entleiher schädigt, ist er auch deliktisch nicht haftbar; denn leichte Fahrlässigkeit war ja in diesem Falle nicht widerrechtlich. — Dabei darf man allerdings nicht übersehen, daß die Parteien in der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen nicht völlig freie Hand haben. (Vgl. Aßmann[9]).) Eine Rolle spielt dabei § 138 Abs. 1 BGB. Insbesondere kann gemäß § 276 Abs. 2 BGB. die Haftung für Vorsatz nie für die Zukunft erlassen werden. — Da aber auch die Parteien nicht alle Zufälle voraussehen können, wird im Einzelfalle nach Treu und Glauben im Hinblick auf den Vertragszweck zu prüfen sein, inwieweit der Vertrag das Handeln rechtfertigte. (Vgl. Crome[10]).)

(Vgl. auch v. Liszt[11]), Kipp[12]), Langheineken[13]), Reichsoberhandelsgericht[14]).)

Im Resultat stimmen mit der hier vertretenen Auffassung Enneccerus[15]) — und wohl auch Dernburg[16] und Crome[17]) — überein. Daß sich die Haftungsbeschränkung immer nur auf Vertragshandlungen bezieht, d. h. auf Handlungen, die mit dem Vertrage in innerem Zusammenhange stehen, ist eigentlich selbstverständlich.

---

[7]) v. Liszt a. a. O. S. 13.
[8]) Staudinger Bd. 2 Vorbem. III b zu Titel 25.
[9]) Aßmann, Konkurrenz S. 27.
[10]) Crome in DJZ. Bd. 9 S. 18.
[11]) v. Liszt a. a. O. S. 13.
[12]) Windscheid-Kipp II, 1 e vor § 451.
[13]) Langheineken a. a. O. S. 138.
[14]) ROHG. Bd. 15 S. 83 ff.
[15]) Enneccerus a. a. O. Bd. 1, 2 § 449 II, vor allem § 451.
[16]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 64 II, 3.
[17]) Crome, Bürgerl. R. Bd. 2 § 324, 5.

Es wird niemandem einfallen, den, der die unentgeltliche Verwahrung einer Sache übernommen hat und nun die Sache widerrechtlich in Gebrauch nimmt und infolge leichter Fahrlässigkeit beschädigt, von der Haftung für diesen Schaden zu entbinden, selbst wenn der Verwahrer in eigenen Angelegenheiten noch so nachlässig ist. Seine Handlung gehört ja gar nicht in den Rahmen des Vertrages.

Für die Richtigkeit der in den vorstehenden Ausführungen gegebenen Regelung der Konkurrenz spricht auch der Umstand, daß man solche Fälle im klassischen römischen Rechte in ganz ähnlicher Weise regelte. Das beweist vor allem die Ulpian-Stelle: D. 9, 2, 27, 29: Si calicem diatretum faciendum ... Gegen den Unternehmer, der die ihm übergebene Sache aus Ungeschick beschädigt hat, ist an sich, wenn die Schuld nicht an dem schlechten Material liegt, außer dem Anspruch aus dem Werkvertrage — der natürlich nicht ausgeschlossen ist — auch die actio legis Aquiliae gegeben. Die Künstler vereinbaren aber bei zerbrechlichen Sachen beim Vertragsschluß, „non periculo suo se facere", „quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae". Also der rein vertragsmäßige Haftungsausschluß beseitigt auch die deliktische actio. (Vgl. auch Pernice[18]).)

Demgegenüber vertrat Windscheid[19]) allerdings die Ansicht, verminderte vertragliche Haftung habe in Rom die deliktische Haftung völlig unberührt gelassen. Aber die von ihm zum Beweise herangezogenen Stellen: D. 40, 12, 13 pr. und D. 47, 4, 1, 2, beweisen gar nichts, da sie überhaupt von keinem Vertragsverhältnis sprechen. (Vgl. auch Pernice a. a. O. S. 89.) Und die dritte Stelle, D. 9, 2, 5, 3, beweist nicht viel mehr, nämlich nur: „Julianus .. dubitat". Von einer klaren Entscheidung ist nichts gesagt. Aus welchem Grunde Julian zweifelt, geht nicht hervor. Es

---

[18]) Pernice, Sachbeschädigungen S. 83.

[19]) Windscheid-Kipp Bd. 2 § 455 Anm. 12.

könnte ja deshalb sein, weil er die Tat des Meisters für aus dem Rahmen der Vertragshandlungen herausfallend erachtet. Also ist auch diese Stelle nicht beweiskräftig, zumal Julian an anderer Stelle (D. 19, 2, 13, 4) denselben Fall unbedenklich so entscheidet, daß er auch die actio ex locato zuspricht. (Vgl. Pernice S. 91.)

Daß, soweit nach den oben entwickelten Regeln eine Konkurrenz von Vertragsansprüchen mit Deliktsansprüchen möglich ist, trotz dieser Konkurrenz jeder der Ansprüche bezüglich seiner weiteren Behandlung, also vor allem der Verjährung, seinen eigenen Regeln unterliegt, bedarf wohl kaum einer Hervorhebung. Denn die Konkurrenz als solche hat ja keine novierende Wirkung. Der einzelne Anspruch ändert sich nicht. (Vgl. auch Dernburg[20].)

Zweites Kapitel.

Prozessuale Regelung.

a) Kumulative Geltendmachung.

§ 26.

Die prozessuale Geltendmachung konkurrierender Ansprüche wird in den weitaus meisten Fällen in der Form des § 260 ZPO., also als objektive Klagenhäufung erfolgen. (Vgl. auch Seuffert[1]) und Hellwig[2]), and. A. Gaupp-Stein[3]).) Die Voraussetzungen des § 260 ZPO. werden, da es sich um dieselben Subjekte und dasselbe Objekt handelt, in aller Regel gegeben sein. — Und zwar werden meist in der Klageschrift die verschiedenen Ansprüche nur in tatsächlicher Hinsicht begründet werden. Die Anführung

---

[20]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 64 II, 2.
[1]) Seuffert zu § 260, 2a.
[2]) Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 107.
[3]) Gaupp-Stein Anm. IIa zu § 260.

rechtlicher Vorschriften ist ja im heutigen Prozeß nicht erforderlich; denn „iura novit curia". — Ganz ähnlich war es im römischen Prozesse zur Zeit Justinians. (Vgl. Leonhard.[4]) Vom klassischen Formularprozeß weicht dagegen die heutige Regel ab. Auch im klassischen römischen Recht konnte der Kläger die konkurrierenden Aktionen nebeneinander geltend machen. Aber da jede actio mit einer bestimmten formula durchgeführt werden mußte, war die Verbindung der verschiedenen Aktionen in einer formula, deren intentio etwa beide Ansprüche umfaßt hätte, unmöglich. (Vgl. Dernburg-Sokolowski[5].)

Neben dieser absoluten Häufung der konkurrierenden Ansprüche ist auch möglich eine relative, derart, daß der Kläger den einen Anspruch in erster Linie geltend macht, den anderen nur eventuell. (Vgl. Seuffert[6].) Auch der letztere wird mit der Klageerhebung rechtshängig.

Keine Konkurrenz von Ansprüchen im materiellrechtlichen Sinne liegt vor, wenn der Kläger nur mit dem primär oder dem event. geltend gemachten Anspruche durchdringen könnte, also der primäre und der eventuelle Anspruch einander ausschließen.

Von dem an sich möglichen, aber nur sehr selten praktisch werdenden Falle, daß der Kläger die konkurrierenden Ansprüche in zwei getrennten Prozessen nebeneinander geltend macht — ein Fall, bei dem gewöhnlich die Einrede der Rechtshängigkeit ausgeschlossen sein wird (§ 263 ZPO.) —, kann hier abgesehen werden.

Der Klageerhebung, die im heutigen Recht die Stelle der römischen Litiskontestation bezw. der Aushändigung der formula an den Kläger vertritt, kommen die Wirkungen, die — nach der hier vertretenen Meinung — die

---

[4]) Leonhard, Der Anspruchsbegriff S. 336.
[5]) Dernburg-Sokolowski Bd. 1 § 125 Anm. 10.
[6]) Seuffert a. a. O.

Litiskontestation wenigstens bei Konkurrenz von actiones ex una obligatione hatte, nicht zu. Sie hat ja nur in ganz beschränktem Umfange novierende Wirkung (vgl. §§ 263, 267 ZPO.).

Die nebeneinander behobenen Ansprüche bleiben zunächst im vollen Umfange nebeneinander bestehen. Jeder von ihnen ist einzeln zu prüfen und, wenn er unbegründet ist, abzuweisen, denn es handelt sich um selbständige Ansprüche. Selbst wenn aber alle die zugleich geltend gemachten konkurrierenden Ansprüche begründet sind, ergeht doch nur ein Urteil. Das liegt in der Natur der Sache. Der Kläger hat regelmäßig kein Interesse an einem zweiten oder gar dritten Urteil, das demselben Beklagten dieselbe Leistung auferlegt. Daß dessen ungeachtet verschiedene Ansprüche vorliegen, zeigt sich — abgesehen von dem Falle, wo der zweite Anspruch nur event. geltend gemacht wird — darin, daß das Urteil mehrfach begründet wird. (Vgl. Hellwig[7].)

Die Rechtskraft des Urteils läßt — ebenso wie in Rom — die verschiedenen Ansprüche an sich unberührt. Eine Einwirkung erfolgt erst im Momente der Befriedigung des Klägers auf Grund eines der konkurrierenden Ansprüche. So wie der betreffende Anspruch damit erloschen ist, so auch die übrigen. Denn dieselbe Leistung kann nur einmal gemacht werden. (Vgl. Dernburg-Sokolowski[8].)

Daß, soweit mit einem der konkurrierenden Ansprüche sich eine quantitativ höhere Leistung erreichen läßt, eine Nachforderung in Frage kommen kann, bedarf keiner Hervorhebung, denn wie in Rom fällt auch heute ein solches Plus gar nicht in den Rahmen der Konkurrenz. Bei kumulativer Geltendmachung bleibt also ein eine quantitativ höhere Leistung bezweckender Anspruch in Höhe des Mehrbetrages

---

[7]) Hellwig, System § 118 II, 4b.
[8]) Dernburg-Sokolowski § 125, 3b.

bestehen. (Vgl. Enneccerus[9]), Matthiaß[10]), Peters[11]); ähnlich Leonhard[12]).)

b) Sukzessive Geltendmachung.

aa) In demselben Prozeß.

§ 27.

Häufig macht der Kläger von den mehreren ihm tatsächlich zustehenden Ansprüchen zunächst nur einen geltend, sei es, weil er nur diesen für gegeben hält — er denkt z. B. nur an den Vertragsanspruch und nicht an den konkurrierenden dinglichen Anspruch —, sei es, daß er sich nur des bequemeren bedienen will: Er ist ja in der Wahl des Anspruchs frei. (Vgl. Endemann[1]) und Matthiaß[2]).)

Die Rechtshängigkeit des einen Anspruchs zerstört oder absorbiert nun an sich die konkurrierenden Ansprüche nicht (vgl. Crome[3]) gegen Cosack, Kipp[4]) gegen Eisele), macht sie sogar nicht einmal zum Gegenstand des Prozesses (Dernburg-Sokolowski[5]), Enneccerus[6])), so wie auch in Rom die auf anderen Obligationen beruhenden konkurrierenden Aktionen durch Litiskontestation auf Grund der einen actio unberührt blieben.

Die Fälle, die Endemann[7]) als Ausnahmen ansieht, z. B. § 126 Abs. 2 Satz 2 und § 340 Abs. 1 Satz 2 BGB.,

---

[9]) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 1, 1 § 209 Anm. 4.
[10]) Matthiaß, Bürgerl. R. § 65 II.
[11]) Peters, Klagenkonkurrenz S. 73.
[12]) Leonhard, Allgem. Teil § 55 IV Anm. 2.
[1]) Endemann a. a. O. Bd. 1 § 84.
[2]) Matthiaß a. a. O. § 65 II.
[3]) Crome in DJZ. Bd. 9 S. 16.
[4]) Windscheid-Kipp N. 9 zu § 121.
[5]) Dernburg-Sokolowski § 125, 3.
[6]) Enneccerus a. a. O. Bd. 1, 1 § 209.
[7]) Endemann a. a. O. § 84 Anm. 19.

kommen hier überhaupt nicht in Betracht; denn sie behandeln gar nicht unsere Anspruchskonkurrenz, sondern Hellwigs „alternative Anspruchskonkurrenz".

An sich steht der Möglichkeit, daß der Kläger sich im Laufe des Prozesses noch auf den anderen Anspruch stützt, der ja dieselbe Leistung bezweckt, nichts entgegen. (Vgl. auch Landsberg[8]).) Praktisch können aber in vielen Fällen die übrigen Ansprüche — wenigstens für denselben Prozeß — ihrer Kraft beraubt werden, nämlich dann, wenn nachträgliches Vorbringen Klageänderung bedeuten würde und entweder Beklagter nicht einwilligt oder doch das Gericht seine Verteidigung für wesentlich erschwert hält (§ 264 ZPO.). Wann liegt aber Klageänderung vor?

Da der Klagegegenstand, die geforderte Leistung und auch die beteiligten Personen dieselben bleiben, kann nur eine Änderung des Klagegrundes in Frage kommen. Die Zivilprozeßordnung selbst gibt keine Definition des Klagegrundes. Nach den Motiven (S. 182 zu § 222 des Entw.) wäre unter Klagegrund der Inbegriff der „rechtsbegründenden Tatsachen" zu verstehen. Fitting[9]) aber hat auseinandergesetzt, daß, da jeder Anspruch das Ergebnis eines Syllogismus ist und die den Obersatz bildenden Rechtssätze daher ebenso wesentlich wie die den Untersatz bildenden Tatsachen sind, der Klagegrund erst durch die Verbindung der rechtsbegründenden Tatsachen mit den betreffenden rechtsgewährenden Sätzen des positiven Rechtes geschaffen werde. Wenn der Kläger auch die Rechtssätze, die ihm seinen Anspruch gewähren, nicht zu nennen braucht (vgl. das Rechtssprichwort: da mihi factum, dabo tibi ius), so muß doch aus seiner Darlegung des Tatbestandes hervorgehen, aus welchem objektiven Rechtsgrunde er seinen Anspruch geltend machen will. — Darin besteht doch eben

---

[8]) Landsberg, Das Recht des BGB. Bd. 1 § 19, 2.
[9]) Fitting im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 61 S. 424ff.

die Begründung seines Anspruches (vgl. auch ZPO. § 253 Abs. 2 Ziff. 2).

Klageänderung würde also vorliegen, wenn das dem Anspruch zugrunde liegende Rechtsverhältnis ein anderes ist. Klingmüller[10]) vertritt demgegenüber die Ansicht, daß nur Tatsachen einen Rechtsgrund bilden können. Es muß allerdings zugegeben werden, daß nur durch das Hervortreten von Tatsachen Rechtssätze geschaffen und geändert werden. Aber diese Tatsachen würden doch für das Recht, das ein Kläger im Wege der Klage zu realisieren sucht, nur einen mittelbaren Grund abgeben. Niemand wird sich aber bei der Begründung seines Anspruches auf die Tatsachen berufen, welche vorhanden sein mußten, um die Rechtssätze ins Leben zu rufen, die ihm nun seinen Anspruch gewährleisten, sondern jeder wird sich neben den Tatsachen, auf welche die betreffenden Rechtssätze Anwendung finden, nur auf die Rechtssätze selbst, als auf eine unmittelbare Quelle seines Anspruchs stützen. Insofern kann man wohl auch sagen, daß Rechtssätze zum Rechtsgrunde gehören. — Schon aus dem Namen „Rechtsgrund" selbst könnte man entnehmen, daß hier nicht nur Tatsachen, wie sie die Voraussetzungen von Naturereignissen und Naturzuständen bilden, in Betracht kommen, sondern auch Sätze des positiven Rechtes.

Im Gegensatze zu der herrschenden, vor allem auch vom Reichsgericht[11]) vertretenen Substantiierungstheorie, die als Klagegrund die Summe der Tatsachen bezeichnet, die den Anspruch haben entstehen lassen (vgl. auch Gaupp-Stein[12])), wird hier im wesentlichen die Individualisierungstheorie vertreten, welche die Bezeichung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses verlangt, so daß es sich von

---

[10]) Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes S. 2.
[11]) RG. Bd. 11 S. 242.
[12]) Gaupp-Stein, ZPO. Anm. III, 3 zu § 253.

anderen Rechtsverhältnissen unterscheiden läßt. (Vgl. z. B. Seuffert[13]).) Beachtenswert ist, daß bei Anspruchskonkurrenz vom Standpunkte der Individualisierungstheorie leichter Klageänderung in Frage kommen kann als vom Standpunkte der Substantiierungstheorie, während es im allgemeinen umgekehrt ist.

Die verfochtene Auffassung stimmt überein mit O. Fischer[14]), der ausführt, Klagegrund sei der „Inbegriff der zur Rechtfertigung des Klagebegehrens dienenden Tatsachen und Rechtssätze, der tatsächlichen und rechtlichen Anführungen im Sinne des § 268 ZPO."

Eine Klageänderung würde also nicht vorliegen, wenn der erst später erhobene konkurrierende Anspruch tatsächlich und juristisch dasselbe wäre wie der erste. (Vgl. Fitting a. a. O. S. 433.) Wenn aber der Kläger z. B. zunächst einen Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend macht und im Laufe des Prozesses sich auf ein abstraktes Schuldanerkenntnis stützt, durch welches der Beklagte die Deliktsobligation anerkannt habe, so liegt zwar derselbe tatsächliche, aber ein ganz anderer juristischer Anspruch vor, selbst wenn mittelbar dem zweiten Anspruche dasselbe Rechtsverhältnis zugrunde liegt wie dem ersten. Von einer bloßen Ergänzung oder Berichtigung der tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen (§ 268 Ziff. 1 ZPO.) kann man m. E. hier nicht sprechen.

Den von Fischer (a. a. O. S. 41) aufgestellten Satz: „Eine Klageänderung liegt also vor, wenn ein anderes als das in der Klage angegebene Rechtsverhältnis geltend gemacht wird", nimmt auch Otto Chr. Fischer[15]) als Voraussetzung an und kommt trotzdem unbegreiflicherweise zu dem Schlusse, eine Klageänderung müsse bei Vertrags-

[13]) Seuffert, Komm. Anm. 4 A IV zu § 253.

[14]) Fischer, Das Problem der Identität und der Neuheit, a. a. O. S. 38.

[15]) O. Chr. Fischer a. a. O. S. 125.

und Deliktsvorschriften im allgemeinen in Abrede gestellt werden, da „kein neues Rechtsverhältnis geltend gemacht“ werde. Selbst wenn man, wie O. Chr. Fischer, grundsätzlich nur einen Anspruch mit nur verschiedener Begründungsmöglichkeit annimmt — worüber sich zugestandenermaßen streiten läßt —, kann doch sicherlich auch eine neue Begründung einen neuen „Klagegrund“ schaffen. Das sagt ja schon der Name. Wenn man nun, wie O. Chr. Fischer, das Rechtsverhältnis als Klagegrund ansieht, kann man doch nicht vom Tatbestande die rechtliche Vorschrift abtrennen, so daß die nackten Tatsachen übrigbleiben. Fischer sieht ja (auf S. 125) plötzlich nur diese als „Entstehungsgrund“ an. Damit käme man wieder zu der römischen Auffassung, die bei Zusammentreffen von Vertrag und Delikt die deliktische Handlung als die una obligatio ansah.

Darin hat O. Chr. Fischer[16]) allerdings recht, daß — wenigstens in vielen Fällen — das Resultat im wesentlichen dasselbe ist, ob man nun Klageänderung annimmt oder nicht, da die Verteidigung des Beklagten in der Regel nicht wesentlich erschwert werden wird (vgl. § 264 ZPO.). Aber diese Regel hat doch ihre Ausnahmen. Man braucht nur an das oben gegebene Beispiel zu denken: Gegenüber der Klage aus abstraktem Schuldversprechen wird man sich meist viel schwerer verteidigen können als gegenüber der Klage aus unerlaubter Handlung.

Hellwig[17]) ist sogar der Meinung, bei konkurrierenden Ansprüchen sei immer Klageänderung gegeben.

Übereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht Seuffert[18]) und Kipp[19]); dieser mit Recht sogar für den

---

[16]) O. Chr. Fischer a. a. O. S. 127 Anm. 10.
[17]) Hellwig, System S. 325 (arg. e contr.), Lehrb. S. 269.
[18]) Seuffert a. a. O. Nr. 1a zu § 268.
[19]) Windscheid-Kipp Nr. 9 zu § 121.

Fall, daß die zweite Klage nur event. unter Aufrechterhaltung der ersten nachträglich erhoben wird.

Falls nur ein Anspruch mit mehrfacher Begründungsmöglichkeit vorliegt — was O. Chr. Fischer für Vertrags- und Deliktsvorschriften allgemein, nach der hier vertretenen Ansicht zu Unrecht, annimmt —, wird allerdings die bloße Anführung eines neuen Grundes nicht in allen Fällen Klageänderung bedeuten, z. B. nicht, wenn der, dessen Eigentum in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise beschädigt worden ist, zunächst nur als Begründung seines Schadensersatzanspruchs anführt, Beklagter habe vorsätzlich sein Eigentum verletzt, und als weiteren Grund später, der Beklagte habe ihm in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt.

Ist von dem konkurrierenden Ansprüchen nur einer geltend gemacht worden, so kann gemäß der den Zivilprozeß beherrschenden Verhandlungsmaxime auch nur dieser hinsichtlich der Berechtigung des Verlangens geprüft werden. Ist er z. B. verjährt, so ist die Klage abzuweisen, selbst wenn die Verjährungszeit eines anderen konkurrierenden Anspruchs noch nicht abgelaufen ist. (Vgl. Staudinger[20]).)

Die Rechtskraft des auf Grund eines erhobenen Anspruchs ergangenen Urteils übt — wie in Rom — auf die anderen konkurrierenden Ansprüche an sich keine zerstörende Wirkung aus. (So auch Peters[21]), Hellwig[22]), Endemann[23]).) Da aber der Prozeß damit beendet ist, können sie nun höchstens in einem neuen Prozesse geltend gemacht werden.

---

[20]) Staudinger Bd. 1 zu § 194 Anm. 10.
[21]) Peters, Klagenkonkurrenz S. 71.
[22]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 269 a.
[23]) Endemann a. a. O. Bd. 1 § 84.

bb) In verschiedenen Prozessen.

1. Nach rechtskräftiger Klageabweisung.

§ 28.

Die Geltendmachung eines konkurrierenden Anspruchs in einem neuen Prozesse ist bis zur vollständigen Befriedigung des Klägers grundsätzlich möglich. So wenigstens vom Standpunkte der hier im wesentlichen vertretenen Individualisierungstheorie aus. — Staudinger[1]) scheint nur von der Substantiierungstheorie aus die Möglichkeit zuzugeben. Aber gerade in diesem Falle könnte man zweifeln. — Erst im Augenblicke der Befriedigung sind alle konkurrierenden Ansprüche untergegangen. (Vgl. auch Endemann[2]), Landsberg[3]), Enneccerus[4]), Dernburg-Sokolowski[5]), Kipp[6]).)

Ist der Kläger im ersten Prozesse rechtskräftig abgewiesen worden, so ist der geltend gemachte Anspruch zwar damit erledigt. Aber da der mit jenem konkurrierende Anspruch nicht einmal rechtshängig geworden ist, stehen seiner Geltendmachung in einem zweiten Prozesse keine Bedenken entgegen. (Vgl. auch § 322 Abs. 1 ZPO.) Genau so war es in Rom: vgl. oben § 15. (S. auch Dernburg-Sokolowski[7]), Hellwig[8]), Kipp[9]), Peters[10]), Reichsgericht[11]).)

---

[1]) Staudinger Anm. 10 zu § 194.
[2]) Endemann a. a. O. Bd. 1 § 84.
[3]) Landsberg a. a. O. Bd. 1 § 19.
[4]) Enneccerus a. a. O. Bd. 1, 1 § 209.
[5]) Dernburg-Sokolowski S. 239 II.
[6]) Windscheid-Kipp Anm. 9 zu § 121.
[7]) Dernburg-Sokolowski Bd. 1 § 125.
[8]) Hellwig, System S. 325, Lehrb. Bd. 1 S. 269a.
[9]) Windscheid-Kipp a. a. O.
[10]) Peters a. a. O. S. 71.
[11]) RG. Bd. 49 S. 204ff.

Die entgegengesetzte Meinung vertritt Aßmann,[12]) und zwar nur wegen seiner „im ersten Falle vertretenen Ansicht", daß nämlich bei nachträglicher Geltendmachung in demselben Prozesse immer lediglich eine Ergänzung der Angaben ohne Änderung des Klagegrundes vorliege, was aber nicht begründet ist und sich auch m. E. gar nicht begründen läßt. Prinzipiell stimmt mit der hier verfochtenen Auffassung auch O. Chr. Fischer[13]) überein. Allerdings nimmt er verschiedene Ausnahmen an. Daß er überhaupt einen neuen Prozeß für zulässig hält, zeigt, daß er im Grunde genommen doch mehrere Ansprüche meint, die konkurrieren, wenn er auch immer nur von einem Anspruche mit mehrfacher Begründungsmöglichkeit redet.

Aus Fischers Erörterungen (S. 129) muß man wohl folgendes entnehmen: Wenn der nur aus dem Vertrage Klagende abgewiesen werde, weil keine Vertragsverletzung vorliege, so werde über das Vorliegen eines Delikts in der Regel zugleich mitentschieden, und deshalb mache das Urteil auch für den Deliktsanspruch Rechtskraft. Dieser Behauptung kann m. E. nicht beigetreten werden. Sie steht auch mit § 322 ZPO. nicht recht im Einklange. Fischers Regel kann m. E. nur als Ausnahme angesehen werden. Wenn z. B. jemand, der unentgeltlich einen Mantel in Verwahrung genommen hat und nun gemäß § 690 BGB. nur für diligentia quam suis haftet, den fremden Mantel leichtfahrlässig mit seinem eigenen verwechselt, ihn zu einem Spaziergang anzieht und dabei versehentlich beschädigt, so wird der aus dem Vertrage klagende Deponent einfach abgewiesen werden. Gemäß der Verhandlungsmaxime hat (im ersten Prozeß) der Richter nur über den Vertrag zu entscheiden. Die Deliktsklage aber bleibt unberührt. — Immer wenn die deliktische Handlung mit dem Vertrage

---

[12]) Aßmann, Konkurrenz S. 56.

[13]) O. Chr. Fischer a. a. O. S. 129 ff.

in keinem inneren Zusammenhange steht, wird Fischers Regel m. E. nicht zutreffen, während Konkurrenz von Ansprüchen im prozessualen Sinne doch vorliegt.

Der umgekehrte Fall: O. Chr. Fischer meint (S. 130): Wenn der Kläger sich nicht auf einen bestehenden Vertrag beriefe, sondern nur aus unerlaubter Handlung klagte, und es würde eine schuldhafte Verletzung eines Rechtsgutes nicht für vorliegend erachtet, dann gälte das auch für den Vertrag. Demgegenüber ist zu bemerken: „Wenn auch z. B. die Verletzung des Eigentums eines anderen nicht widerrechtlich war, so kann doch in der Art und Weise der Verletzung häufig eine Vertragsverletzung liegen. Z. B. A hat den B beauftragt, seinen (des A) Hund zu erschießen. Statt dessen verschenkt B den Hund des A an C. Hier liegt kein Delikt vor, aber eine Vertragsverletzung. Der auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung klagende A würde abgewiesen werden. Da nur der Deliktsanspruch erhoben ist, ist auch nur er der Rechtskraft fähig (§ 322 ZPO.). — Fischers abweichende Ansicht folgt daraus, daß er in jedem Falle nur einen Anspruch annimmt.

2. Nach rechtskräftiger Verurteilung.

§ 29.

Etwas anders liegt die Sache, wenn der Kläger mit dem einen Anspruche in dem ersten Prozesse durchgedrungen ist. Grundsätzlich kann er auch hier bis zu seiner erfolgten Befriedigung den noch nicht benutzten konkurrierenden Anspruch zu einer neuen Klage verwenden. (So auch Peters[1]) und Staudinger[2]), letzterer „wenig-

[1]) Peters a. a. O. S. 73.
[2]) Staudinger Bd. 1 Anm. 10 zu § 194.

stens vom Standpunkt der sogen. Substantiierungstheorie aus".)

Nun wird aber der Kläger, der ein vollstreckbares Urteil erlangt hat, regelmäßig kein begründetes Interesse daran haben, denselben Gegner hinsichtlich derselben Leistung in einen neuen Prozeß zu verwickeln. Ausübung seines formellen Rechtes würde in solchen Fällen eine schikanöse Belästigung in erster Linie des Gegners, weiter aber auch des Gerichtes bedeuten. Und Schikane ist in jedem Falle unzulässig. Es könnte also im Notfalle mit § 226 BGB. geholfen werden. (Vgl. Peters a. a. O. S. 71.)

In Rom half man dem Beklagten, wie oben § 15 dargelegt, gegenüber einer derartigen Schikane des Gegners durch Gewährung der exceptio doli und Belastung des siegreichen Klägers mit einer „cautio de remittendo" (D. 47, 2, 9, 1; 6, 1, 13; 5, 3, 36, 2).

Tatsächlich wird der Fall, daß jemand aus bloßer Schikane nochmals klagt, äußerst selten sein. Denn auch für den Kläger, der seines formellen Rechtes ganz sicher ist, bringt ein Prozeß so viel Unannehmlichkeiten mit sich, daß sogar bei begründetem Interesse von der Anstellung eines Prozesses vielfach abgesehen wird. Bedeutet aber die Anstrengung eines neuen Prozesses nicht bloße Schikane, sondern hat der Kläger berechtigtes Interesse an Erlangung eines anderen vollstreckbaren Titels — z. B. weil die Zwangsvollstreckung auf Grund des ersten Titels versagt (Crome[3]) —, so kann § 226 BGB. nicht Platz greifen, ebenso wie in Rom kein dolus vorlag. In solchem Falle ist ein neuer Prozeß zuzulassen. (Vgl. auch Dernburg-Sokolowski[4]) und Kipp[5]).

Eine Nachforderung eines eventuellen Mehrbetrages in

---

[3]) Crome, Bürgerl. R. § 121, 3.
[4]) Dernburg-Sokolowski S. 259b.
[5]) Windscheid-Kipp N. 9 zu § 121.

einem zweiten Prozeß ist — wie in Rom — in jedem Falle schon deshalb möglich, weil dieses Plus gar nicht in den Rahmen der Konkurrenz gehört. (Vgl. auch Gaupp-Stein[6]), Seuffert[7]) und O. Chr. Fischer[8]).)

[6]) Gaupp-Stein Anm. V zu § 322.
[7]) Seuffert Anm. 3b zu § 322.
[8]) O. Chr. Fischer a. a. O. S. 131.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Gotthard Friedrich Berndt, geboren am 9. April 1890 zu Görlitz als Sohn des Lehrers Gotthard Berndt in Görlitz und seiner Ehefrau Marie geb. Neumann, bin Preuße und evangelisch.

Meine Schulbildung erhielt ich zunächst auf der Volksschule und von Ostern 1900 ab auf dem Görlitzer Realgymnasium, das ich Ostern 1909 mit dem Reifezeugnis verließ.

Ich studierte auf den Universitäten Grenoble, Berlin, Jena und Breslau Rechts- und Staatswissenschaften und bestand in Breslau am 30. Oktober 1912 die erste juristische Staatsprüfung mit „gut“ und am 8. November 1912 vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung.

Seit dem 13. November 1912 werde ich bei dem Kgl. Amtsgericht in Reichenbach (Oberlausitz) als Referendar beschäftigt.